





COURS

DE

CODE NAPOLÉON

III

V. — PARIS, TYPOGRAPHIE LAHURE
Rue de Fleurus, 9

TRAITÉ
DU MARIAGE

ET

DE LA SÉPARATION DE CORPS

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME PREMIER

PARIS
IMPRIMERIE GÉNÉRALE
RUE DE FLEURUS, 9

DURAND & PEDONE LAURIEL
LIBRAIRES
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)

HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

COSSE, MARCHAL ET BILLARD
PLACE DAUPHINE, 27

1874

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette. soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de M. Devilleneuve et Carrette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de Duvergier sur l'édition de 1846 ; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées ;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon*, est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

La table analytique et alphabétique du *Traité complet de l'état des personnes* se trouve à la fin du tome huitième.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. — Définition du mariage.
2. — Importance de ce contrat.
3. — Par quel droit le mariage est-il régi ?
4. — Le mariage est un contrat civil. — Conséquences.
5. — Suite.
6. — Il n'y a qu'une seule espèce de mariage.
7. — Il ne faut pas confondre le mariage, c'est-à-dire l'acte de l'état civil, avec le contrat de mariage, c'est-à-dire avec les conventions matrimoniales relativement aux biens des époux.
8 — Conséquences de cette distinction.
9 — Division générale.

1. — L'orateur du gouvernement a défini le mariage : « La société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. » (Portalis.)

On ne saurait exprimer en termes plus nobles et plus vrais le double but du mariage : la procréation des en-

fants, la conservation de la race humaine, et cette communauté indivisible d'existence qui fait l'honneur et la moralité de l'union conjugale.... *consortium omnis vitæ, individua consuetudo* (L. 1, ff. *de Ritu nuptiarum;* Inst. *de patria Potest.*, § 1).

2. — Trois sortes d'intérêts recommandaient cette institution à la plus sérieuse sollicitude du législateur :

1° L'interêt général de la société ; — le mariage est la source des familles ; or la société elle-même n'est que la réunion de toutes les familles ; le mariage est donc véritablement la base de tout ordre social ; et les lois qui le régissent, exercent d'ailleurs, sous tous les rapports, une influence profonde sur les mœurs publiques ;

2° L'intérêt des parties contractantes ; — cet acte est sans aucun doute le plus important de toute la vie, et celui en même temps sur lequel les passions ont certainement le plus d'empire ; la loi devait donc sa protection aux futurs époux dans cette occasion solennelle qui va décider de leur avenir ;

3° Enfin, jusqu'à un certain point, l'intérêt de la famille des futurs époux ; — en gênant le moins possible leur liberté, il fallait aussi, dans une juste mesure, tenir compte des effets que produit le mariage, à l'égard des parents eux-mêmes de chacune des parties contractantes (art. 203, 205, 207, 402, 404, 745, 913, 914, 1094, 2e part.).

3. — Par quelles lois, par quel droit le mariage est-il régi ?

Beaucoup d'auteurs répondent :

Par le droit naturel, par le droit des gens et par le droit civil (Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mariage*, p. 32 ; Proudhon, t. I, p. 374 ; Duranton, t. II, nos 2-4 ; Demante, *Programme*, t. I, n° 169).

Je me suis assez souvent expliqué déjà sur ces classifications entre les différentes espèces de droit (t. I, nos 5-8, 203-208 et 240) pour n'avoir pas à y revenir.

Je répondrai donc tout simplement, pour mon compte, que le mariage en France est régi par le Code Napoléon.

Les législateurs humains, sans doute, n'ont point inventé ce contrat, le plus ancien et le plus universel de tous, et dont l'origine est due à Dieu lui-même. Mais les lois positives de chaque État en déterminent les conditions, les formes, les effets, eu égard aux mœurs et aux besoins de la société, à laquelle elles ont pour mission d'appliquer les règles *du droit naturel.* La distinction qui sépare la loi civile de la loi naturelle, me paraît donc manquer, même sur ce sujet, d'exactitude et de vérité. « Car Dieu, qui est l'auteur du droit naturel, ayant ordonné aux citoyens de chaque État l'obéissance aux lois civiles de l'État dont ils sont sujets, les parties qui contractent un mariage contre la disposition de quelque loi civile de l'État dont ils sont sujets, contreviennent non-seulement à cette loi civile, mais ils contreviennent aussi au droit naturel qui leur ordonnait l'obéissance à cette loi. » (Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 16.)

4. — Le mariage est, disons-nous, régi par le Code Napoléon ; or, le Code Napoléon est applicable à tous les Français (art. 8), sans aucune distinction entre leurs diverses croyances religieuses ; donc, la loi sur le mariage est indépendante des conditions et des solennités prescrites à chacun par la religion qu'il professe.

Chez tous les peuples, il est vrai, le mariage a été un acte religieux, placé sous l'invocation de la Divinité. La religion chrétienne, qui l'a élevé à la dignité de sacrement, l'a aussi réglementé par des dispositions spéciales; et même, dans notre ancienne jurisprudence française, la législation de l'Église, successivement consacrée par les ordonnances royales et par les arrêts de règlement, était presque entièrement devenue la législation même de l'État. L'autorité ecclésiastique était, en outre, chargée

de présider à la célébration des mariages, et de prononcer sur leur nullité ou leur validité ; et quoique *les juges d'Eglise fussent tenus de garder les ordonnances du royaume* (art. 12 de l'édit du mois de décembre 1606), quoique même aussi certains mariages, valables aux yeux de l'Église, quant au lien, fussent privés des effets civils, il est facile de comprendre la confusion qu'un tel ordre de choses devait nécessairement entraîner dans les attributions respectives des deux pouvoirs. Aussi Pothier eut-il à lutter contre plus d'un docteur, qui, sans distinguer le sacrement d'avec le contrat civil, voulait *concentrer dans le pape toute la puissance, la spirituelle et la temporelle....* (*du Contrat de mariage*, n° 15) ; confusion déplorable, qui, depuis la révocation de l'édit de Nantes, mettait les protestants dans la tyrannique alternative ou de ne pouvoir pas légitimer leurs unions, ou de se parjurer en face d'une Église qui n'était pas la leur ! (*Supra*, t. I, n° 278, *des Actes de l'état civil.*)

L'un des plus grands résultats de la révolution de 1789 futde séculariser la législation française. La Constitution du 3 septembre 1791 (tit. II, art. 7) posa en principe que « la loi ne considère le mariage que comme contrat civil, » et, à partir de cette époque, les lois sur l'état des personnes et en particulier sur le mariage, ont de plus en plus consacré la séparation de l'Église et de l'État et l'indépendance du pouvoir temporel. C'est ainsi que le divorce fut admis pour tous les Français sans distinction (lois des 20 septembre 1792, 8 nivôse et 4 floréal an II, 24 vendémiaire et 15 thermidor an III, et premier jour complémentaire de l'an V). Tel est l'esprit qui a présidé à la confection du Code Napoléon : « La loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes. » (Portalis, dans la séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI; comp. Laferrière, *Histoire des principes, etc., de la Révolution française*, p. 216 et suiv.)

En conséquence, le mariage ne peut jamais être permis ou défendu qu'en vertu seulement de la loi civile, quelles que soient, à cet égard, les permissions ou les défenses de la religion de chacun. Nous appliquerons bientôt ces principes à la question très-controversée de savoir si l'engagement dans les ordres sacrés et si les vœux monastiques forment, sous notre droit actuel, un empêchement de mariage (*infra*, nos 131, 132).

5. — Remarquons enfin que, pour garantir tout à la fois le maintien des principes de notre droit public et les intérêts de la société civile et des familles, il est enjoint à tout ministre d'un culte de s'assurer, avant de procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage, que l'acte de mariage a été préalablement reçu par les officiers de l'état civil (art. 199, 200 Code pén.; joign. loi du 18 germinal an x, tit. III, art. 54 et le décret du 9 décembre 1810; décision ministérielle du 7 juin 1832, Dev., 1832, II, 137; Cass., 29 déc. 1842, Sarda, Dev. 1843, I, 73).

6. — Le Code Napoléon, d'ailleurs, ne reconnaît qu'une seule espèce de mariage. Il n'y a plus de prétendu mariage naturel; ni de *concubinatus*, comme à Rome (*de Concub.*, ff.), ni, comme en Allemagne aujourd'hui même encore, *de mariage de la main gauche* (Duchesne, *du Mariage suivant les législations modernes*, chap. XIV), ni, comme autrefois sous notre ancienne jurisprudence, de *certains mariages qui quoique valablement contractés, n'avaient pas néanmoins les effets civils* (Pothier, nos 6-10 et 426-436). Point de ces transactions qui favorisent le relâchement des mœurs, dans la crainte des mésalliances et par respect pour l'inégalité des conditions!

7. — Le mariage, dont nous allons parler, est l'union conjugale, l'acte de l'état civil, qu'il ne faut pas confondre avec le contrat de mariage, c'est-à-dire avec l'acte qui a pour but de régler les intérêts pécuniaires

des époux. Pothier a néanmoins appelé du nom de *contrat de mariage* son traité sur le mariage lui-même ; aussi avoue-t-il que ce terme est équivoque (n° 2) ; et nous en avons effectivement la preuve dans plusieurs articles du Code Napoléon, où les mots *contrat de mariage*, employés dans des circonstances où il semble que la loi a dû désigner ainsi le *mariage lui même*, ont soulevé de graves controverses (art. 1558, 3e alinéa ; art. 2194, 2195 ; Montpellier, 7 janvier 1830, Faure C. Olives, Sirey, 1830, II, 69 ; Nîmes, 36 févr. 1834, Beaume C. Fabre, D., 1834, II, 101, Troplong, *des Hypothèques*, art. 2135, nos 578-584, t. II, p. 443).

Le mariage constitue un établissement ; c'est une société qui a ses charges et qui doit avoir les moyens d'y satisfaire. Il est impossible d'ailleurs que cette communauté d'existence, qui réunit les deux époux, demeure sans effet sur leurs fortunes respectives. De là les différents régimes matrimoniaux qui règlent cette influence du mariage sur les biens des époux et déterminent de quelle manière les charges seront de part et d'autre supportées. Nous les expliquerons à la place qui leur a été donnée par le Code Napoléon dans le livre III, titre V, intitulé : *du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux* (art. 1387, 1581).

8. — Remarquons seulement ici que ces deux sujets, quoique séparés et soumis en effet par la loi à des règles distinctes, sont néanmoins unis par une étroite connexité. Les conventions matrimoniales, les donations surtout, soit simples, soit réciproques (art. 1082, 1100), sont presque toujours la condition et la cause déterminante du mariage ; aussi verrons-nous qu'elles participent à la protection et à la faveur, par lesquelles la loi encourage le mariage lui-même. C'est ainsi :

1° Que les contrats de mariage, quant à la forme, sont dispensés de certaines solennités (art. 1087), et peuvent recevoir, quant au fond, des clauses qui seraient nul-

les partout ailleurs (art. 947, 1081 et suiv., 1554, etc.);

2° Qu'en général la personne habile à contracter mariage est habile aussi à consentir, sous les mêmes conditions de capacité, toutes les conventions et libéralités dont le contrat de mariage est susceptible (art. 1309, 1095, 1398; *voy.* pourtant art. 2140; comp. Paris, 9 févr. 1860, Gandais, Dev. 1860-2-65);

3° Que ces conventions, sur la foi desquelles le mariage a été célébré, deviennent dès cet instant immuables et indissolubles comme le mariage lui-même (art. 1395).

Telle est la règle générale, mais non pas toutefois infaillible; il y a entre le mariage lui-même et le contrat de mariage une connexité sans doute naturelle et très-désirable, mais non pas pourtant une indivisibilité nécessaire et absolue. Il peut arriver en effet :

1° Qu'une personne capable de se marier seule et sans aucune assistance, ne soit pas capable de consentir seule et sans assistance ses conventions matrimoniales, comme par exemple l'individu pourvu d'un conseil judiciaire (art. 513; *infra,* n° 22);

2° Que les conventions matrimoniales soient, pour une cause quelconque, pour vice de forme ou tout autre, déclarées nulles après la célébration du mariage, sans que pour cela le mariage lui-même soit annulé (Cass., 28 déc. 1831, Foucauld, Dev., 1832, I, 358; Caen, 19 mars 1839, Vasselin C. Vasselin, Dev., 1839, II, 275; Riom, 17 juillet 1839, Seignère C. Gomard, Dev., 1840, II, 66; Cass., 2 mars 1852, de Naucaze, Dev., 1852, I, 262; Cass., 23 déc. 1856, Métayer; et 13 juillet 1857, Charra, Dev., 1857, I, 244 et 801; Trib. civ. de la Seine, 19 fév. 1869, Otto Stern.).

Il me suffit d'indiquer ici ces importantes propositions, qui, je le sais bien, déjà contestées autrefois (Merlin, *Rép.*, t. III, p. 172, v° *Conventions matrimoniales*), n'ont pas cessé de l'être aujourd'hui (Troplong, *Revue de*

législation et de jurisprudence, t. XXI, p. 53). Je me réserve donc de les justifier plus complétement dans le titre du contrat de mariage.

9. — La division générale que je suivrai dans l'explication de ce vaste sujet, comprendra sept chapitres ainsi distribués :

Chapitre premier. — Des qualités et conditions requises dans la personne des futurs époux, pour pouvoir contracter mariage.

Chapitre second. — Des oppositions au mariage.

Chapitre troisième. — Des formalités relatives à la célébration du mariage.

Chapitre quatrième. — Des demandes en nullité de mariage, ou plus généralement : Dans quels cas le mariage est-il nul ou annulable ? et quels sont les effets des mariages nuls ou annulés ?

Chapitre cinquième. — De la preuve de la célébration du mariage.

Chapitre sixième. — Des effets du mariage.

Chapitre septième. — Des modes et des effets de la dissolution du mariage.

CHAPITRE PREMIER

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES DANS LA PERSONNE DES FUTURS ÉPOUX, POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

SOMMAIRE.

10. — Toute personne peut contracter mariage, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.
11. — La différence de sexe entre les futurs époux est une condition d'évidence.
12 — Que décider, si les deux personnes étant d'ailleurs de sexe différent, l'une d'elles était impuissante?
13. — Les empêchements de mariage sont relatifs ou absolus, prohibitifs ou dirimants.
14. — Division de notre chapitre Ier.

SECTION I.

DE L'AGE REQUIS POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

15. — L'homme doit avoir dix-huit ans révolus, et la femme quinze ans révolus. — Motifs.
16. — Des dispenses d'âge peuvent être accordées. — Par qui? — Dans quels cas? — Et comment?
17 — Il n'y a point d'âge après lequel on ne puisse plus se marier. — Des mariages *in extremis vitæ.*
18. — La disproportion d'âge entre les futurs époux n'est pas une cause d'empêchement.

SECTION II.

DU CONSENTEMENT DES FUTURS ÉPOUX.

19. — Il faut 1° que les futurs époux consentent; 2° que leur consentement soit suffisamment libre et éclairé. — Renvoi.
20. — Le mariage est formé par le consentement légalement exprimé, indépendamment de toute cohabitation. — Conséquences.
21. — L'individu, pourvu d'un conseil judiciaire, peut se marier sans l'assistance de son conseil.
22. — A. Mais peut-il plaider, sans cette assistance, en mainlevée d'une opposition qui aurait été formée à son mariage? — B. Sa femme aura-t-elle une hypothèque légale sur ses immeubles? — C. Peut-il enfin, sans l'assistance de son conseil, consentir des conventions matrimoniales?
23. — Un ascendant est-il fondé à demander qu'il soit sursis à la célé-

bration du mariage de son enfant jusqu'à ce qu'il ait été pourvu d'un conseil judiciaire, sans l'assistance duquel il ne pourra pas consentir ses conventions matrimoniales? — Les magistrats ont-ils le pouvoir d'ordonner alors qu'il sera sursis à la célébration du mariage pendant un certain délai?

24. — Le sourd-muet peut-il se marier?

25. — Peut-il consentir les conventions et les donations dont le contrat de mariage est susceptible?

25 *bis*. — En principe, le consentement des futurs époux doit être exprimé de vive voix; mais cette condition, toutefois, n'est pas de rigueur.

26. — Le consentement, qui forme le mariage, doit être exprimé au moment de la célébration et devant l'officier de l'état civil.

27. — Des fiançailles en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence.

28. — Des promesses de mariage. — 1° Une telle promesse peut-elle donner lieu à une action en dommages-intérêts?

29. — Quelles sont les causes qui peuvent justifier, de la part de l'un des futurs époux, l'abandon d'un projet de mariage? — *Quid*, de la grossesse de la future épouse?

30. — 2° D'après quelle base doivent être estimés les dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une promesse de mariage? — A. Du cas où les parties n'ont pas stipulé de clause pénale.

31. — B. Du cas où les parties ont stipulé une cause pénale.

32. — De la convention par laquelle les pères de deux enfants de sexe différent s'engagent à les marier ensemble, lorsqu'ils auront l'âge de puberté.

33. — 3° Quel est le mode de preuves admissible à l'égard d'une demande en dommages-intérêts fondée sur l'abandon, sans cause légitime, d'une promesse de mariage?

SECTION III.

DE L'OBLIGATION POUR LES FUTURS ÉPOUX D'OBTENIR LE CONSENTEMENT DES PERSONNES SOUS LA PUISSANCE DESQUELLES ILS SE TROUVENT RELATIVEMENT AU MARIAGE, OU DU MOINS DE DEMANDER LE CONSEIL DE LEURS ASCENDANTS.

34. — Les futurs époux sont tenus, dans certains cas, de demander le consentement ou le conseil de certaines personnes. — Pourquoi?

35. — 1° En ce qui concerne les enfants légitimes, il faut distinguer s'ils ont ou s'ils n'ont pas d'ascendants.

36. — *Première hypothèse*. — L'enfant légitime a encore un ou plusieurs de ses ascendants.

37. — Dans quels cas le consentement est-il alors nécessaire?

38. — Par quels ascendants le consentement doit-il être donné?

39. — Lorsque le père consent au mariage, la mère, qui n'a pas même été consultée, peut-elle y former opposition?

40. — *Quid*, si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté? — Si l'un des deux, le père ou la mère, déclarait qu'il ignore le lieu du décès de son conjoint, cette attestation suffirait-elle?

41. — Dans quels cas y aura-t-il, de la part des père et mère, impossibilité de manifester un consentement? — Et comment cette impossibilité devra-t-elle être prouvée? — *Quid*, en cas d'absence soit déclarée, soit présumée?
42. — *Quid*, en cas de simple éloignement?
43. — *Quid*, en cas de démence, d'imbécillité ou de fureur, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas d'interdiction?
44. — *Quid*, en cas de mort civile? — de condamnation par contumace à une peine emportant mort civile? — d'interdiction légale, aux termes de l'article 29 du Code pénal? — ou de bannissement?
45. — Le père remarié peut-il consentir au mariage de ses enfants du premier lit? — *Quid*, s'il n'est même pas leur tuteur? — Mêmes questions à l'égard de la mère survivante et remariée?
46. — A défaut des père et mère, les aïeuls et les aïeules les remplacent. — Comment et suivant quelles distinctions?
47. — Suite.
48. — 1° A défaut d'aïeuls et d'aïeules, les bisaïeuls et bisaïeules, et autres ascendants d'un degré supérieur les remplacent-ils?
49. — 2° Dans le cas où il y aurait dans une ligne un aïeul, et dans l'autre ligne un bisaïeul, suffirait-il de consulter l'aïeul?
50. — *Quid*, si une seule et même ligne était tout à la fois représentée par des ascendants paternels et maternels?
51. — Les ascendants doivent consentir dans l'ordre hiérarchique déterminé par la loi. — Leur volonté, soit qu'ils refusent, soit qu'ils consentent, est-elle souveraine?
52. — Comment les ascendants doivent-ils consentir?
53. — Faut-il que le consentement donné par l'ascendant s'applique à un mariage déterminé avec une personne certaine et individuellement désignée?
54. — L'ascendant pourrait-il donner à un tiers le mandat géneral de consentir au mariage de son enfant?
55. — En quelle forme le consentement des ascendants doit-il être donné?
56. — A quel moment le consentement doit-il être donné? — L'ascendant peut-il le révoquer? — *Quid*, s'il meurt après avoir consenti, mais avant la célébration du mariage?
57. — Suite.
58. — Suite.
59. — Du cas où les enfants n'ont plus besoin du consentement de leurs ascendants. — Motifs des actes respectueux par lesquels ils doivent alors demander leur conseil.
60. — A. Par quels enfants doivent être faits les actes respectueux?
61. — L'enfant adoptif est-il tenu de demander, pour son mariage, soit le consentement, soit le conseil de l'adoptant?
62. — B. A quels ascendants les actes respectueux doivent-ils être notifiés?
63. — *Quid*, en cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux?
64. — *Quid*, si les futurs époux ne connaissent ni le lieu du décès, ni le lieu du dernier domicile de leur père, mère ou autres ascendants? Avis du conseil d'État du 4 messidor an XIII.

87. — 2° Comment les dispositions qui précèdent s'appliquent-elles aux enfants naturels? — Il faut distinguer :
88. — A. De l'enfant naturel reconnu, dont les père et mère existent encore.
89. — B. De l'enfant naturel qui n'a pas été reconnu ou qui a perdu ses père et mère.
90. — De l'enfant admis dans un hospice.
91. — Des conséquences qui peuvent résulter soit du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille, soit du défaut d'actes respectueux. — Des peines prononcées, en ce cas, contre l'officier de l'état civil. — Discussion sur les articles 156, 157 du Code Napoléon comparés avec les articles 193-195 du Code pénal.
92. — De l'obligation imposée aux militaires d'obtenir le consentement de leurs supérieurs.
92 *bis*. — En résulte-t-il que l'officier de l'état civil a le droit ou plutôt le devoir de refuser de procéder à la célébration du mariage du futur époux, si celui-ci ne produit pas un certificat de libération du service militaire?
93. — Du consentement nécessaire aux membres de la famille impériale pour contracter mariage.

SECTION IV.

DE L'EMPÊCHEMENT RÉSULTANT D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE ENCORE EXISTANT.

94. — On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. — *Quid*, si le premier mariage n'est pas valable?
95. — Des seconds ou subséquents mariages. — Considérations générales. — Renvoi.

SECTION V.

DE L'EMPÊCHEMENT RÉSULTANT DE LA PARENTÉ ET DE L'ALLIANCE.

96. — Division.
97. — A. Qu'est-ce que la parenté? — D'où dérive-t-elle? — Et combien y en a-t-il d'espèces?
98. — Les différentes espèces de parenté ne sont point régies par les mêmes principes. — *Quid*, pourtant, en ce qui concerne les empêchements de mariage?
99. — Des lignes et des degrés de parenté.
100. — De la ligne directe et de la ligne collatérale. — Comment se comptent les degrés dans l'une et dans l'autre?
101. — De la ligne paternelle et de la ligne maternelle.
102. — La parenté produit, dans le droit, des empêchements de plusieurs sortes, et en particulier des empêchements de mariage.
103. — Des empêchements en ligne directe.
104. — Des empêchements en ligne collatérale.
105. — Le mariage est-il prohibé entre le grand-oncle et la petite-nièce? — Entre la grand'tante et son petit-neveu, etc.?
106. — La parenté naturelle produit en général les mêmes empêchements de mariage que la parenté légitime. — Le mariage toutefois

n'est-il pas permis entre l'oncle et la nièce, entre la tante et le neveu *naturels?*

107. — De quelle manière la parenté naturelle doit-elle alors être prouvée?

108. — *Quid*, si l'un des époux a été, depuis la célébration du mariage, reconnu comme enfant naturel par le père ou la mère de son conjoint.

109. — Des empêchements de mariage qui résultent de l'adoption.

110. — B. Qu'est-ce que l'alliance?

111. — Quels empêchements de mariage l'alliance produit-elle?

112. — Le commerce illicite de deux personnes non mariées forme-t-il une alliance naturelle entre l'un d'eux et les parents de l'autre?

113. — Suite.

114. — L'alliance ne peut s'établir qu'entre l'un des époux et ceux des parents de l'autre, qui sont nés ou qui du moins ont été conçus avant la dissolution du mariage.

115. — Suite. — Certaines unions peuvent blesser les convenances et même l'honnêteté publique, mais ne pourraient être défendues dans l'état actuel de nos lois.

116. — L'alliance résulte-t-elle de l'adoption?

117. — Comment finit l'alliance? — Cesse-t-elle par la mort de l'époux qui la produisait? — Faut il distinguer : 1° s'il y a ou s'il n'y a pas d'enfants du mariage; 2° si l'époux survivant est encore veuf ou s'est remarié?

118. — C. Dans quels cas les empêchements, qui résultent de la parenté ou de l'alliance, peuvent-ils être levés par des dispenses?

119. — Conditions à remplir pour obtenir les dispenses. — Arrêté du 20 prairial an XI.

120. — De l'effet des dispenses. — Question. — Renvoi.

SECTION VI.

EXISTE-T-IL ENCORE D'AUTRES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE QUE CEUX QUI VIENNENT D'ÊTRE EXPOSÉS DANS LES CINQ SECTIONS PRÉCÉDENTES.

121. — 1° Le mort civilement était incapable de contracter mariage. — *Quid*, du condamné par contumace à une peine emportant mort civile, pendant le délai de grâce de l'article 28 ?

122. — 2° La femme ne peut se remarier que dix mois révolus après la dissolution de son précédent mariage. — Pourquoi?

123. — L'empêchement existerait-il encore, si la femme était accouchée peu de temps avant ou après la mort de son mari?

124. — Cet empêchement s'appliquerait-il à l'hypothèse d'un mariage déclaré nul?

125. — 3° Les empêchements qui résultaient du divorce, aux termes des articles 295, 297 et 298, existent-ils encore depuis la loi du 8 mai 1816?

126. — Faut-il appliquer l'article 298 à la séparation de corps?

127. — 4° L'individu interdit pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur, peut-il contracter mariage pendant un intervalle lucide?

128. — Suite. — L'interdit ne peut-il se marier, pendant un intervalle

lucide, que sous les mêmes conditions qui sont imposées au mineur, c'est-à-dire en obtenant le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille?

129. — Suite. — Par qui et dans quel délai pourrait être attaqué le mariage de l'interdit?

130. — L'interdiction légale prononcée par l'article 29 du Code pénal forme-t-elle un empêchement de mariage ?

131. — 5° L'engagement dans les ordres sacrés forme-t-il un empêchement? — En d'autres termes, les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques peuvent-ils se marier?

131 *bis*. — Suite.

132. — *Quid*, en ce qui concerne les femmes engagées par des vœux de religion dans des congrégations légalement autorisées?

133. — 6° La différence de couleur forme-t-elle un empêchement de mariage?

134. — 7° *Quid*, de l'impuissance? — Des vices de conformation, des infirmités, des maladies héréditaires ou contagieuses?

135. — 8° *Quid*, du rapt? — De la séduction? — De l'enlèvement? — De l'adultère? — Du meurtre? — De la différence de religion?

10. — En général, dans notre droit, la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception (art. 902, 1123).

Cette vérité est particulièrement certaine dans le sujet qui nous occupe. Toute personne peut donc contracter mariage, à moins qu'un texte de la loi ne l'en déclare incapable.

11. — Dirai-je qu'au premier rang des conditions nécessaires il faut placer la différence de sexe entre les futurs époux? Il semble que le Code Napoléon lui-même ait pensé que ce serait là une sorte de naïveté; aussi l'article 144 présuppose essentiellement cette condition plutôt encore qu'il ne l'exige.... « L'*homme* avant dix-huit « ans révolus, la *femme* avant quinze ans révolus, ne « peuvent contracter mariage. »

Le mariage entre deux personnes du même sexe est donc radicalement impossible. Il est évident qu'à moins d'être insensé, aucun officier de l'état civil ne voudrait procéder à la célébration; et si, par un concours de circonstances extraordinaires sans doute, mais qui ne sont pourtant pas sans exemples et dans l'ancien droit et dans le nouveau (arrêt du parlement de Paris du 10 jan-

vier 1765, Anne Grandjean, Merlin, *Rép.*, v° *Hermaphrodite*, t. V, p. 669, et jugement du tribunal civil de la Seine, Lelasseur C. Beaumont, *Gazette des Tribunaux* du 19 décembre 1834), si, dis-je, un tel mariage ou plutôt un tel simulacre de mariage avait été célébré, il n'y aurait rien! Ce prétendu mariage ne serait pas seulement annulable; il serait nul comme le néant (*infra*, n° 242; comp. Tribun. civ. d'Alais, 29 avril 1869, Darbousse, le *Droit* du 21 octobre 1869; Nîmes, 29 nov. 1869, X..., Dev., 1870, II, 78; Cass., 15 janv. 1872, Darbousse, Dev., 1872, I, 116; Montpellier, 8 mai 1872, Darbousse, Dev., 1872, II, 272; le *Droit* du 15 mai 1872; *Revue critique*, 1872-1873, t. II, p. 129 et suiv. article de M. Jalabert; comp. *infra* n° 254.)

12. — Mais que décider si les deux personnes étant d'ailleurs de sexe différent, l'une d'elles était *impuissante?*

« L'impuissance à la génération, dit Pothier, est un empêchement dirimant de mariage, qui rend la personne incapable de contracter aucun mariage. » (N° 96.)

Cette proposition était effectivement certaine dans notre ancienne jurisprudence (Merlin, *Rép.*, v° *Impuissanee*, t. VI, p. 19).

C'est là au contraire une difficulté fort débattue aujourd'hui.

La question se divise en deux branches :

1° L'impuissance est-elle un obstacle à la célébration du mariage?

2° Le mariage une fois célébré, est-elle une cause de nullité?

En d'autres termes, constitue-t-elle soit un empêchement prohibitif, soit même un empêchement dirimant? (*Infra*, n° 13.)

Sur le premier point, ma réponse est, dès à présent, que l'impuissance n'est pas un obstacle à la célébration du mariage, qu'elle ne constitue pas enfin un *empêchement*.

Et d'abord, cette solution ne me paraît pas sérieusement contestable, lorsqu'il s'agit d'une prétendue impuissance qui ne se révèle par aucun vice d'organisation patent et extérieur, et qui ne résulterait que d'un état de faiblesse et de débilité. Cette espèce d'impuissance, qu'on appelle quelquefois impuissance naturelle (art. 313), n'est jamais assez complète ni assez certaine pour être suffisamment constatée; et on peut voir, dans le code matrimonial de Lecamus (part. III, t. II, p. 647-667), les nombreux et déplorables exemples de mariages déclarés nuls pour cause d'impuissance de l'un des conjoints, qui eut ensuite beaucoup d'enfants! (Gênes, 7 mars 1811, Gazzonne, Sirey, 1811, II, 193.) Et d'ailleurs, lors même que cette impuissance existerait réellement, elle ne constituerait pas plus un empêchement que l'impuissance qui résulterait de l'extrême vieillesse (*infra*, nº 17).

Mais j'applique aussi cette solution à l'hypothèse où l'impuissance résulterait d'un vice extérieur et reconnaissable de conformation; je l'applique enfin même au cas où l'un des futurs aurait notoirement subi une amputation, qui l'aurait rendu incapable de tout commerce charnel. Je supposerai même que la preuve en est acquise par un arrêt criminel (art. 316 C. pén.) ou par son propre aveu.

Eh bien! même alors, je ne crois pas que l'officier de l'état civil pût refuser de procéder à la célébration du mariage. Cette hypothèse est sans doute plus délicate que la première; et le droit romain faisait effectivement une différence entre celui qui n'était qu'impuissant, *spado*, et le castrat, *castratus*, *qui virilitatem amiserat* (L. 4, § 2, *ad leg. Cornel. de Sicariis*), *cui tam necessaria pars corporis penitus absit* (L. 7, ff. *de Ædil. edict.*). Le mariage de l'impuissant était valable; celui du castrat était nul (L. 39, § 1, ff. *de Jure dot.;* § 9 Inst. *de Adopt.;* nov. 98 de Léon). Quant à notre ancienne

jurisprudence française, il n'est pas douteux qu'elle voyait dans cette impuissance radicale et démontrée un empêchement de mariage, puisque l'impuissance même la plus conjecturale produisait alors cet effet. Aussi le parlement de Paris, par arrêt du 8 janvier 1665, déclara-t-il fondé le refus fait par un curé de célébrer le mariage d'un impuissant (*Journal des Audiences*, t. II, chap. II, p. 356); Soëfve (*Rec. de plusieurs questions notables*, t. II, chap. xxxv, p. 265) rapporte aussi cet arrêt en l'approuvant. Je constate et je reconnais moi-même ces précédents; mais je pense qu'ils ne sauraient faire autorité sous l'empire de notre Code Napoléon; et voici mes motifs :

1° On ne peut ajouter aucune condition à celles que la loi exige pour contracter mariage (*supra*, n° 10); or, le Code Napoléon exige seulement que le mariage ait lieu entre un *homme* et une *femme* (art. 144), entre deux individus de sexe différent; donc, lorsque la différence de sexe est certaine, lorsqu'il s'agit enfin d'un projet de mariage entre un homme et une femme, il est impossible de s'y opposer, même en fournissant la preuve la plus incontestable de l'impuissance, quels qu'en soient, d'ailleurs, la cause et le caractère. Il me semble qu'il n'est pas absolument exact de dire que l'impuissant, que le castrat lui-même n'a pas du tout de sexe, qu'il n'est ni *homme* ni *femme* (Zachariæ, t. III, p. 212, note 4). L'impuissant, quel qu'il soit, n'est pas, s'il est permis de s'exprimer ainsi, déclassé; il n'en appartient pas moins au sexe qui domine en lui, malgré son infirmité ou son imperfection; et, par exemple, n'est-il pas vrai qu'il est habile à remplir les fonctions de tuteur, et les charges publiques dont les femmes sont exclues? (Art. 442-3°.)

2° L'union des sexes, la procréation des enfants est, il est vrai, la fin principale, mais non pas unique du mariage. « Le commerce charnel, dit Pothier lui-même,

n'est pas de l'essence du mariage. » Le mariage n'est-il donc pas aussi une société de secours et d'assistance? (Art. 212.) N'est-il pas le refuge contre les ennuis de la solitude, contre les tristesses de l'abandon? *Non est bonum hominem esse solum!* — Eh bien! dira-t-on, que ces deux personnes vivent et demeurent ensemble, si cela leur convient! qu'elles forment un contrat de société ordinaire, mais qu'elles ne demandent pas qu'on célèbre entre elles un mariage impossible, *innuptæ nuptiæ!* — L'objection est spécieuse, mais non pas concluante; autre chose est assurément, aux yeux du monde et dans les rapports de l'homme et de la femme eux-mêmes, une simple communauté d'existence, toujours plus ou moins précaire et suspecte; autre chose le mariage, c'est-à-dire la consécration solennelle et publique de leurs mutuelles promesses! Et puis le contrat de mariage admet des conventions, des donations, qu'aucun autre contrat ne peut recevoir (*supra*, n° 8). Et puis enfin, supposez que cet homme et cette femme, qui demandent qu'on les marie, supposez qu'ils ont eu ensemble un enfant avant l'accident qui a nécessité la mutilation du père; n'est-il pas évident que ces individus ont le plus grand intérêt à légitimer leur enfant par le mariage? et ce mariage qu'ils veulent célébrer, je demande en vertu de quel texte on s'y opposera! Pour moi, je ne crois pas qu'il en existe.

Je conclus donc que la faculté d'engendrer n'est pas une condition requise par la loi pour pouvoir contracter mariage, et que l'impuissance, quels qu'en soient la cause et le caractère, n'est pas un empêchement prohibitif à la célébration, dès que les futurs époux eux-mêmes y consentent (Despeisses, t. I, *du Mariage*, sect. I, p. 275; Vazeille, t. I, n° 90; *voy.* aussi la *Dissertation historique et philosophique sur la nature du mariage*, par Woloski; *Revue de Législation*, 1852, t. I, p. 5 et 321, et t. II, p. 5; et un arrêt de la Cour de Montpellier, 4 mai 1847, Roques, Dev. 1847, II, 418).

Mais le mariage une fois célébré, celui des époux, qui aurait été trompé, pourrait-il en demander la nullité pour cause d'impuissance de l'autre? J'examinerai, en son lieu, cette seconde branche de la question (*infra*, n° 254).

13. — Les conditions requises pour pouvoir contracter mariage se confondent avec ce que la doctrine a depuis longtemps appelé *les empêchements de mariage ;* car l'empêchement résulte précisément de l'absence de l'une des conditions requises par la loi.

On a toujours fait aussi, entre les empêchements, des distinctions qu'il est nécessaire de connaître, parce qu'elles peuvent rendre les explications plus faciles et plus claires et qu'elles dérivent, d'ailleurs, de la nature même des choses; aussi le Code Napoléon les suppose-t-il virtuellement, quoiqu'il ne les appelle point par leur nom.

Eh bien donc, les empêchements sont :

1° Relatifs ou absolus;

2° Prohibitifs ou dirimants.

A. — L'empêchement est relatif, lorsqu'il s'oppose au mariage entre certaines personnes seulement, comme par exemple la parenté (art. 161-164); il est absolu, lorsqu'il s'oppose au mariage entre toutes personnes, comme par exemple le défaut d'âge (art. 144).

B. — L'empêchement n'est que prohibitif, lorsqu'il s'oppose à la célébration du mariage, sans entraîner ensuite la nullité du mariage une fois célébré ; l'empêchement dirimant s'oppose au contraire à l'existence valable du mariage même accompli.

C'est dans ce chapitre Ier, consacré aux conditions requises pour pouvoir contracter mariage, que je m'occuperai des empêchements soit relatifs, soit absolus.

Ce qui concerne les empêchements considérés comme prohibitifs ou dirimants, appartient au chapitre IV, où j'examinerai dans quels cas le mariage est valable, ou nul, ou annulable.

14. — Cela posé, les conditions requises, relativement

à la personne des futurs époux, pour qu'ils puissent contracter mariage sont :

1° Qu'ils aient l'âge requis par la loi ;

2° Qu'ils consentent au mariage ;

3° Qu'ils obtiennent le consentement des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent relativement au mariage, ou du moins le conseil de leurs ascendants :

4° Qu'ils ne soient point (l'un ou l'autre) engagés dans les liens d'un mariage encore existant ;

5° Qu'ils ne soient point parents ou alliés au degré prohibé par la loi.

Les cinq conditions, qui précèdent, sont requises par le chapitre 1er de notre titre du Code Napoléon. Mais il est quelques conditions encore, les unes très-certaines et décrétées ailleurs par le Code, les autres contestables et controversées. Nous les examinerons aussi dans une sixième et dernière section.

SECTION I.

DE L'AGE REQUIS POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

15. — « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. » (Art. 144.)

Révolus.... Il ne suffirait donc pas que la dix-huitième année pour l'homme, et la quinzième année pour la femme fût commencée ; il faut qu'elle soit accomplie (*voy.* aussi art. 148, 346, 488).

En droit romain (Inst., tit. *de Nuptiis, princip.*, et tit. *quib. mod. tut. finit. princip.*), comme aussi dans notre ancien droit français (Pothier, n° 94), le mariage était permis à quatorze ans pour les hommes et à douze ans pour les femmes. La législation intermédiaire (loi du 20 septembre 1792, tit. IV, art. 1er), en exigeant quinze ans révolus pour les hommes et treize ans révolus pour les filles, avait déjà commencé la salutaire réforme que notre article 144 a complétée.

L'âge fixé sous l'ancien droit, sous quelque rapport que l'on envisage cette condition, était trop précoce, eu égard à nos mœurs et surtout à notre climat très-différent de celui de Rome.

La condition d'âge est, en effet, requise, 1° comme garantie de la puberté, afin de prévenir ces unions prématurées, si funestes souvent aux époux eux-mêmes et à leur postérité; 2° parce que le mariage est un contrat qui ne peut se former que par le consentement des parties (art. 1108), et qu'il faut dès lors que les futurs époux puissent consentir, sinon avec une maturité parfaite de jugement, du moins sans trop d'inexpérience et de légèreté; 3° enfin parce que le mariage crée une famille nouvelle et, sous beaucoup de rapports, indépendante (article 476), et qu'il faut que les époux ne soient point eux-mêmes de véritables enfants, incapables de devenir, le mari surtout, chefs de famille et maîtres de maison.

16. — « Néanmoins, il est loisible à l'Empereur d'accorder des dispenses d'âge pour des causes graves. » (Article 145.)

Une règle inflexible eût été déplorable. Voilà par exemple une jeune fille de quatorze ans qui est enceinte.... D'abord, la preuve de la puberté est acquise; et puis, est-ce qu'il n'importe pas beaucoup, pour son honneur et celui des siens, et pour l'état de son enfant, de hâter la célébration du mariage? La grossesse de la femme sera en effet, dans ce cas, la *cause grave* la plus pressante de dispenses; et on peut dire que cette cause ne présente pas les mêmes dangers que lorsqu'il s'agit de dispenses d'empêchement pour cause de parenté ou d'alliance (*infra*, n° 118). Elle n'est pas d'ailleurs, bien entendu, la seule cause grave, puisque l'art. 145 laisse à l'Empereur la souveraine appréciation de cette gravité, qu'il exige, mais qu'il ne pouvait pas préciser. Il faut consulter sur ce point les circulaires du ministre de la justice des 10 mai 1824 (Sirey, 1829, I, 285) et 29 avril 1832 (De-

vienne 1832, II, 219); on y trouve par exemple « qu'il est de jurisprudence ou d'usage : 1° de ne jamais accorder de dispenses aux hommes avant dix-sept ans accomplis, et aux femmes avant quatorze ans accomplis, sauf pour celles-ci le cas où elles seraient devenues grosses avant cet âge ; 2° de rejeter toutes demandes de dispenses, lorsque l'homme est de quelques années plus jeune que la femme ; en effet, l'âge supérieur de celle-ci autorise à croire qu'il y a séduction ; on ne peut d'ailleurs favoriser les unions disproportionnées. »

La nécessité d'une autorisation impériale a paru une garantie utile à prendre contre l'abus des dispenses. En ce qui concerne les formes à suivre pour les demander, elles sont réglées par l'arrêté du 20 prairial an XI, et expliquées par les circulaires ministérielles précitées (voyez-en le texte, *infra*, n° 119).

17. — La loi d'ailleurs ne détermine, en sens inverse, aucune limite d'âge après laquelle on ne pourrait plus contracter mariage; la vieillesse, même la plus avancée, n'est donc pas un empêchement (Pothier, n° 97). Le Code russe paraît être le seul, parmi les législations modernes, qui porte que « nul ne peut contracter mariage, s'il est âgé de quatre-vingt-dix ans révolus. » (Tit. I, chap. I, sect. I, art. 3; Duchesne, p. 31.)

Bien plus, lors même que les futurs époux ou l'un d'eux se trouveraient aux approches de la mort, je ne dis point seulement par l'effet de l'âge, mais par suite d'une maladie ou d'un accident quelconque, le mariage pourrait être également contracté. Il n'en était pas de même sous notre ancienne jurisprudence française, qui privait au contraire des effets civils les mariages *in extremis*. On avait cru qu'il importait, dans l'intérêt de la morale publique, de ne pas sanctionner et pour ainsi dire encourager de la sorte les unions illicites (déclaration de 1639, art. 6; édit du mois de mai 1697). — Mais c'était souvent une question fort difficile que celle de savoir si le

mariage avait été véritablement contracté *in extremis*, et aux approches de la mort (Pothier, *du Contr. de mariage*, nos 420-432, et *des Successions*, chap. II, sect. I, § 4). Sous un autre point de vue, ne pouvait-on pas répondre aussi que la société elle-même est intéressée à favoriser ce repentir et cette réparation, qui ont presque toujours, dans ce cas, pour but d'effacer les désordres de la vie passée en rendant à l'époux qui survit, et à ses enfants, l'honneur et la légitimité (art. 331-333)? — Quoi qu'il en soit de ces considérations morales, très-sérieuses assurément de part et d'autre, le droit est certain aujourd'hui; les orateurs du gouvernement l'ont positivement déclaré pour empêcher un mariage *in extremis* (comp. Paris, 20 mars 1872, Humbert, D., 1872, II, 109.)

18. — La plus inconvenante disproportion d'âge entre les époux ne serait pas non plus un empêchement. — Quoi! une femme de soixante-dix ans pourrait épouser un jeune homme de trente ans! — La Cour de Paris a décidé l'affirmative, et très-justement (26 avril 1833, Sponi C. Clément, D., 1833, II, 207); car aucun article ne prohibe le mariage pour cette seule cause, sauf à examiner de plus près, en pareil cas, si le consentement est bien sain. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 409.)

SECTION II.

DU CONSENTEMENT DES FUTURS ÉPOUX.

19. — Le mariage est un contrat qui ne peut, en conséquence, se former que par le consentement des parties (art. 148, 1101, 1108): *duorum in idem placitum consensus* (L. 1, § 2, ff. *de Pactis*).

Il faut donc 1° que chacun des futurs époux consente; 2° que ce consentement soit suffisamment libre et éclairé.

Je distingue à dessein dès à présent ces deux choses, qu'il importe de ne pas confondre :

1° L'absence totale du consentement ;

2° Les vices de violence ou d'erreur qui peuvent altérer le consentement exprimé.

En quoi consiste cette différence; et dans quels cas le mariage peut-il être attaqué pour défaut de consentement ?

C'est un point qui appartient au chapitre IV, et que j'examinerai plus bas. Ces sortes de questions en effet ne s'élèvent jamais qu'après la célébration du mariage et sous la forme de demandes en nullité ; car si l'un ou l'autre des futurs époux, surpris ou violenté, reconnaît son erreur ou recouvre sa liberté, eh! mon Dieu, c'est tout simple, il ne se mariera pas.

20. — C'est le consentement légalement exprimé qui fait le mariage; le consentement, dis-je, indépendamment de toute cohabitation entre les époux : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (L. 30, ff. *de Reg. jur.*). Si donc l'un des époux était frappé de mort subite, immédiatement même après la célébration du mariage par l'officier de l'état-civil (art. 75, 76), le mariage n'en aurait pas moins existé, ne fût-ce qu'un instant; l'autre époux serait veuf et pourrait réclamer l'exécution des conventions matrimoniales et des gains de survie qui auraient été stipulés. Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre le *matrimonium ratum* et le *matrimonium consummatum*. Il n'en était pas ainsi autrefois, du moins dans plusieurs provinces. « La femme gagne son douaire au « coucher, » disait l'article 352 de la *Coutume de Normandie*. « Femme gagne son douaire ayant mis le pied « au lit, » disait l'article 450 de la *Coutume de Bretagne* (Pothier, *du Douaire*, nos 148, 149). Il n'y a plus rien de pareil aujourd'hui; et le mariage reçoit, quant à tous ses effets, sa perfection par le seul consentement des parties; quant à tous ses effets, dis-je, sans excepter non plus,

comme autrefois (Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 152), l'*alliance*, que le mariage, même non consommé, n'en aurait pas moins produite entre chacun des époux et les parents de l'autre.

21. — Quant à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, soit pour cause de prodigalité (art. 513), soit même pour cause d'infirmité ou d'affaiblissement de ses facultés intellectuelles (art. 499), il n'est pas douteux qu'il peut contracter mariage : d'abord, aucun texte ne l'en déclare incapable; les articles précités (499 et 513) ne mettent pas le mariage au nombre des actes et des contrats qui lui sont défendus; et puis, c'est qu'en effet la prodigalité n'est pas du tout exclusive de la faculté de consentir (Delvincourt, t. I, p. 55, note 1; Duranton, t. II, n° 35; Vazeille, t. I, n° 190). Il en est de même de la simple faiblesse d'esprit, qui a paru aux magistrats ne pas exiger d'autre secours que la nomination d'un conseil judiciaire (art. 499).

22 — Mais, dira-t-on, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut pas plaider sans l'assistance de ce conseil.... Qu'arrivera-t-il donc, s'il lui faut plaider pour obtenir la mainlevée d'une opposition à son mariage? — De même, il ne peut pas hypothéquer ses immeubles sans l'assistance de son conseil.... Comment donc concilier l'article 2121, qui accorde à la femme mariée une hypothèque légale, avec les articles 499 et 513, si c'est le mari qui est pourvu d'un conseil judiciaire? — De même, il ne peut pas aliéner sans l'assistance de son conseil.... Comment donc pourra-t-il régler ses conventions matrimoniales?

A toutes ces objections, je ferai d'abord cette même réponse, savoir : qu'il n'en peut pas résulter que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ait besoin de l'assistance de ce conseil pour se marier. La proposition contraire, proclamée par l'orateur chargé de présenter le projet de loi relatif à l'interdiction (M. Emmery), vient

d'être en effet, je crois, péremptoirement démontrée. Ces objections doivent donc être résolues de manière à ne pas lui enlever cette capacité, ni même à en entraver l'exercice. Cela posé, je les reprends :

A. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui peut se marier sans l'assistance de ce conseil, peut-il aussi, sans cette assistance, plaider pour obtenir la mainlevée d'une opposition ? L'affirmative paraîtrait logique : la loi qui accorde un droit, accorde virtuellement, par cela même, le pouvoir et les moyens de l'exercer ; or, puisque l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut se marier sans aucune assistance, il doit avoir aussi le droit de combattre, seul et sans assistance, les obstacles qui s'opposent à l'exercice de ce droit. La nécessité de cette assistance qui a pour but surtout de garantir la personne contre les entraînements de ses penchants et de son inexpérience, n'existe point d'ailleurs dans cette occasion. Ajoutez enfin que la prétendue demande en mainlevée d'une opposition à mariage n'est en réalité qu'une simple défense, et qu'à bien examiner les rôles, l'opposant est véritablement le demandeur. — La Cour de Toulouse a toutefois décidé que les articles 499 et 513 lui défendaient, sans aucune distinction, de *plaider* seul (2 déc. 1849, Massoc C. Massoc, Dev., 1840, II, 161). — A la bonne heure ! le texte est absolu ; mais je ne me rends toutefois qu'à la condition qu'il suffira d'appeler en cause le conseil judiciaire, qui par un refus d'assistance ne saurait arrêter le cours de l'action (Cass., 13 févr. 1844, Barberaud C. Gouvignon, Dev., 1844, I, 348).

B. — Et l'hypothèque légale, frappera-t-elle les immeubles de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire qui se sera, comme il en a le droit, marié sans l'assistance de son conseil ? Non, a-t-on dit (*voy.* une dissertation à la suite d'un arrêt de la Cour de Caen, dans le recueil de Devilleneuve, 1839, II, 275) : la loi qui lui défend d'hypothéquer, est aussi absolue que celle qui

lui défend de plaider; c'est le même texte, le même article. — Oui, répondrai-je, au contraire : soit parce que, malgré la généralité de leurs termes, les articles 499 et 513, dans la pensée essentielle qui les a dictés, se proposent surtout d'empêcher les hypothèques conventionnelles, soit parce que l'hypothèque accordée de plein droit à la femme, sous tous les régimes matrimoniaux sans distinction, est une conséquence légale du mariage, une disposition d'ordre public par laquelle la loi protége l'incapacité de la femme et règle souverainement les rapports entre les époux, qui ne peuvent pas effectivement y renoncer (art. 6, 2140).

C. — Enfin l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne pouvant pas aliéner sans l'assistance de son conseil, n'est-il pas obligé du moins de recourir à cette assistance pour la rédaction de son contrat de mariage? et s'il se marie sans faire de contrat, quel sera le régime matrimonial des époux?

Ceci est plus difficile.

Dirons-nous avec la Cour de Paris (26 avril 1833, Sponi C. Clément, D., 1833, II, 207) qu'on examinera le contrat de mariage qui aurait été consenti sans l'assistance du conseil judiciaire et qu'on pourra le maintenir, si on n'y trouve pas de lésion au préjudice de celui qui était pourvu de ce conseil?

Sans examiner ici la question de savoir si le prodigue qui aurait fait seul un acte, qu'il ne pouvait faire qu'avec l'assistance de son conseil, ne pourrait être restitué qu'en cas de lésion, je ne suivrais pas la doctrine de cet arrêt. Ce n'est pas le cas de dire : qui veut la fin, veut les moyens ; et de ce que le prodigue peut se marier sans l'assistance de son conseil, il ne s'ensuit pas qu'il doive pouvoir aussi, sans cette assistance, consentir toutes conventions et donations par contrat de mariage, c'est-à-dire peut-être et très-souvent dans ce cas, faire les aliénations les plus imprudentes et les plus déraisonnables.

Nous avons déjà remarqué (*supra*, n° 8) que la capacité de se marier et la capacité de consentir les conventions matrimoniales, quoiqu'en général réunies, n'étaient pourtant pas inséparables ni régies toujours et nécessairement par les mêmes principes ; il en faut conclure que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne pourrait pas, même par contrat de mariage, consentir d'aliénation sans l'assistance de son conseil.

C'est ce qu'avaient jugé les Cours de Bordeaux (7 fév. 1855, Métayer), de Paris (31 juillet 1855, Rivarès), et d'Agen (21 juillet 1856, Rivarès, Dev., 1856, II, 65-70 et 1857, II, 530).

Mais la Cour suprême a cassé l'arrêt de la Cour d'Agen et décidé que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, par cela même qu'il peut se marier sans l'assistance de son conseil, peut aussi, sans assistance, faire, par contrat de mariage, une donation à son conjoint (24 déc. 1856, Rivarès, Dev., 1857, I, 245).

Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette thèse ; mais nous persistons à croire et nous entreprendrons, lorsque le moment en sera venu, de prouver que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut, en vertu des termes absolus de l'article 513, faire aucune donation même par contrat de mariage (*voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, n°s 739-741).

Nous verrons aussi plus tard si cette solution ne doit pas avoir également pour conséquence que, dans le cas où il n'aurait pas fait de contrat, il ne serait pas même soumis au régime de la communauté légale ; car la mise en communauté renferme une aliénation ; et si ce régime est le droit commun de la France, à défaut de stipulations spéciales (art. 1393), il n'émane pourtant pas de la disposition impérative de la loi, comme l'hypothèque légale de la femme. La vérité est qu'il résulte au contraire de la convention tacite des parties (Pothier, *de la Communauté*, n°s 10 et suiv.) ; et il ne peut dès lors être que le

régime de ceux qui sont capables de consentir les aliénations qu'il entraîne. Les époux, en conséquence, ne devraient-ils pas être placés, dans ce cas, sous le régime de la séparation des biens ? (Dev., 1839, II, 295, la dissertation précitée; comp. en ce sens, Demante, t. I, n° 224 *bis*, III ; en sens contraire, Valette, *Explic. somm. du livre I du Code Napol.*, p. 364 ; M. Thiry, professeur à l'Université de Liége, dans sa remarquable étude : *Du contrat de mariage des mineurs*, Bruxelles, 1863 ; ajout. M. Bertault, Revue crit. de Législat. 1865, t. XXVI, p. 289 et suiv.)

25. — La solution, qui précède, prouve qu'il n'y a pas d'inconvénients sérieux, sous le rapport des intérêts pécuniaires, dans la faculté laissée à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, de contracter mariage sans l'assistance de son conseil.

Mais que décider dans l'hypothèse suivante :

Primus forme opposition au mariage de Secundus, son fils, et provoque en même temps contre lui la nomination d'un conseil judiciaire. Demande par Secundus en mainlevée de l'opposition ; et là, devant la justice, le père reconnaît que son opposition n'est pas fondée sur un empêchement légal, et que son fils est capable de se marier ; mais il ajoute que le conseil de famille, déjà convoqué, a été d'avis que Secundus fût pourvu d'un conseil judiciaire, et qu'en effet ses dispositions d'esprit sont telles, que sa fortune sera inévitablement compromise, s'il arrive qu'il fasse seul ses conventions matrimoniales. En conséquence, Primus demande qu'il soit sursis à la célébration du mariage jusqu'au jugement à intervenir sur la dation d'un conseil judiciaire.

Telle est l'espèce, qui s'est deux fois présentée devant la Cour impériale de Caen, et qui est de nature à se représenter souvent encore. Par deux fois, la Cour, accordant le sursis demandé, a décidé que le fils ne pourrait pas contracter mariage avant l'expiration d'un délai de quatre mois :

« Considérant que le conseil judiciaire est institué par la loi pour empêcher les actes de prodigalité ou d'aliénation, soit directe, soit indirecte, qui tendraient à ruiner ou à compromettre la fortune de celui qu'on ne peut, sans danger, laisser maître absolu de la direction de ses affaires ;

« Considérant qu'à l'occasion d'un acte tel que le mariage, les stipulations qui peuvent intervenir entre les parties contractantes sont de nature à appeler, plus qu'aucune autre, la surveillance et l'intérêt sur celui qui par ses précédents, a donné à sa famille des sujets d'inquiétude, quant à la manière de gouverner sa fortune ;

« Considérant que, dans le sursis demandé par la dame de La Geneste, on ne peut voir qu'une mesure conservatoire provoquée pour venir au secours de son fils, mesure qu'il est du domaine de la justice de la Cour d'ordonner ;

« Considérant d'ailleurs que cette demande en sursis est d'accord avec les principes d'ordre et de morale, qu'on doit s'efforcer de maintenir dans l'intérêt du repos et de la sécurité des familles. » (20 nov. 1837, Regnault-Bretel, Dev., 1839, II, 198 ; 23 mars 1841, de La Geneste, *Rec. de Caen*, t. VI, p. 236.)

Ces considérations sont graves sans doute ; et je ne nie pas combien il serait parfois désirable de pouvoir empêcher un individu, prodigue ou faible d'esprit, mais non encore pourvu d'un conseil judiciaire, de pouvoir, dis-je, l'empêcher de consentir seul des conventions matrimoniales, des libéralités irréfléchies et excessives. Mais il s'agit ici, non pas de faire ni de réformer la loi, mais d'interpréter la loi existante. Or notre loi, telle qu'elle est aujourd'hui, autorise-t-elle les magistrats à prononcer un tel sursis ? Je ne le crois pas : la faculté de contracter mariage est le droit commun, et ne peut être enlevée ou suspendue qu'en vertu d'un texte de loi ; or, ce sursis n'est fondé sur aucun texte, et il est remarquable, en effet, que la Cour de Caen n'en a cité aucun ; donc, il est

impossible de le prononcer. Cette personne, que vous déclarez incapable, pendant quatre mois, de contracter mariage, cette personne aurait dès à présent un conseil judiciaire, qu'elle n'en serait pas moins capable de se marier sans son assistance (*supra*, n° 21). Mais il y a bien plus ! c'est qu'elle n'a pas même, dans ce moment, de conseil judiciaire ! c'est qu'elle a le plein et entier exercice de toute sa capacité légale ! — Ce n'est là, dit-on, qu'une simple mesure conservatoire. — Non certes ; une mesure conservatoire est celle qui ne porte, au fond, préjudice réel à personne, et qui maintient, en les respectant, les droits de chacun ; or, cette espèce d'interdiction, qui, pendant quatre mois, pendant un délai qui pourrait être encore plus long, puisqu'aucune loi ne l'établit ni par conséqueut ne le limite, cette interdiction, qui enlève à la personne le droit de contracter mariage, ne saurait être considérée comme une mesure conservatoire. Nous voyons bien que, dans certains cas, les magistrats sont autorisés à prononcer des décisions semblables à celles que la Cour de Caen a rendues. Ainsi, 1° dans le cas de l'article 174, lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux, le tribunal peut recevoir l'opposition, à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans un délai qui sera fixé par le jugement ; 2° dans un procès en interdiction, et après le premier interrogatoire, le tribunal, aux termes de l'article 497, peut commettre un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur. Mais remarquez deux différences entre ces espèces et la nôtre : d'une part, il y a, dans ces deux cas, des textes positifs, et dans le nôtre, nous n'en avons pas ; d'autre part, cette faculté, consacrée par les articles 174 et 497, est très-logique alors et très-rationnelle, puisque, dans le premier cas, si la démence est prouvée, le mariage lui-même est impossible, et que, dans le second cas, si l'individu est susceptible

d'être interdit, il ne pourra pas, en effet, gouverner lui-même sa personne et ses biens. La mesure provisoire alors est comme le prélude de la mesure définitive; elle y est corrélative; elle y correspond; elle a le même principe, le même but. Au contraire, dans notre espèce, on déclare que l'individu ne pourra pas, pendant quatre mois, contracter mariage.... et cela, pourquoi? parce qu'on veut attendre qu'il soit pourvu d'un conseil judiciaire, dont l'assistance lui est parfaitement inutile pour contracter mariage! Et pourquoi donc alors attendre la nomination de ce conseil, puisqu'elle n'altérera, en aucune façon, la capacité qui appartient déjà à cet individu de se marier? — Mais ce n'est pas pour le mariage lui-même qu'on désire qu'il ait un conseil judiciaire; c'est pour ses conventions matrimoniales! — Je réponds que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, peut, dans tous les cas, et d'une manière absolue, se passer de l'assistance de son conseil pour contracter mariage. Et je puis invoquer à cet égard l'autorité même de la Cour de Caen, qui a rejeté, en ces termes, une opposition tendant à ce qu'un prodigue, déjà pourvu d'un conseil judiciaire, ne pût se marier qu'après que ses conventions matrimoniales auraient été rédigées avec l'assistance de son conseil :

« Considérant que la veuve Vasselin, en demandant qu'il ne soit passé outre à l'union projetée qu'après que les pactions matrimoniales auront été rédigées sous l'assistance du conseil donné à son fils, veut soumettre cette célébration à l'empire d'une condition, dont le non accomplissement n'aurait jamais pu être une cause de nullité de mariage, et que couronner cette prétention, ce serait créer, pour empêcher la célébration du mariage, un obstacle que la loi ne reconnaît pas;

« Considérant, en ce qui touche le conseil judiciaire de Vasselin.... que, dans tous les cas, il serait sans qualité pour appuyer ladite opposition, puisque le conseil judi-

ciaire, qui est donné quant aux biens et non quant à la personne, ne se trouve investi nulle part du droit de s'opposer au mariage de celui dont les intérêts sont placés sous sa protection ;

« Considérant.... qu'en admettant même que du système ainsi adopté il dût résulter quelque préjudice dans les intérêts pécuniaires de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, ce ne serait pas une raison suffisante pour enchaîner la liberté de sa personne sans y être expressément autorisé par le législateur.... » (19 mars 1839, Vasselin C. Vasselin, Dev., 1839, II, 275 ; ajout. Cass., 8 déc. 1856, Dantoine, Dev., 1857, I, 89 ; Caen, 11 oct. 1857, Londe ; 4 janv. 1858, Amand, Dev., 1858, II, 394, 395 ; et *infra*, n° 141).

Voilà, suivant moi, les véritables principes ! et j'en conclus que déclarer qu'il sera sursis, pendant quatre mois, au mariage d'un individu pour qu'il lui soit donné un conseil judiciaire, c'est *créer un obstacle que la loi ne reconnaît pas.... c'est enchaîner la liberté de sa personne sans y être autorisé par le législateur.* Je comprendrais bien, en pareil cas, si la nomination d'un conseil judiciaire devait avoir prochainement lieu, que le tribunal ou la Cour renvoyât à tel ou tel jour à statuer sur l'opposition. Ce *renvoi*, cette *remise*, prononcés dans les limites raisonnables et suivant les usages du palais, pourraient indirectement atteindre le même but ; et encore conviendrait-il de ne pas abuser de ce moyen, ou plutôt peut-être de ce *prétexte,* dont je conçois pourtant l'emploi modéré et intelligent. Mais ce qui ne me paraît pas possible, c'est qu'en statuant définitivement sur l'opposition, et en la déclarant mal fondée, on décide en même temps que cet individu, reconnu capable de se marier, qui est effectivement capable avant, comme il le sera encore après la nomination du conseil judiciaire, que cet individu, dis-je, ne pourra néanmoins contracter mariage pendant quatre mois ! La circonstance que, dans les

deux espèces soumises à la Cour de Caen, l'opposition avait été formée par un ascendant, ne saurait modifier ces principes; nous verrons en effet que l'opposition formée, même par un ascendant, ne peut être maintenue qu'autant qu'elle est fondée sur un empêchement légal; et c'est là une règle que la Cour de Caen a consacrée par les arrêts mêmes que je viens de citer.

Je pense donc finalement qu'en aucun cas un tel sursis ne peut être accordé. Sans doute cette solution peut avoir quelques inconvénients; mais, d'un autre côté, elle a l'avantage de garantir d'autres intérêts et d'autres principes, des principes essentiels aussi! la capacité des personnes et la liberté civile, qu'il importe de ne point soumettre à d'autres entraves que celles que la loi a déterminément prévues.

24. — Les sourds-muets, même de naissance, n'étaient pas, sous notre ancienne jurisprudence, incapables de contracter mariage. (Pothier, n° 93; Code matrimonial, t. II, p. 905; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, t. XII, p. 737.)

Il doit en être, à plus forte raison, de même aujourd'hui, depuis la découverte de ces merveilleux procédés d'éducation qui développent souvent, jusqu'au plus haut degré, leurs facultés intellectuelles. Aussi le Code Napoléon ne prononce-t-il aucun empêchement spécial contre les sourds-muets à raison de cette espèce d'infirmité, pas plus qu'il n'en prononce, par exemple, contre les aveugles (Toulouse, 26 mai 1824, Caubère, D., 1824, II, 125; Paris, 3 août 1855, Meslaye, Dev., 1857, II, 443; Toullier, t I, n° 503; Duranton, t. II, n° 39; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 9; Massé et Vergé, t. I, p. 170; Vareille, t. I, p. 92-98; Richelot, t. I, p. 250, note 14; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 246).

La commission chargée de rédiger le projet du Code y avait inséré un article portant que « les sourds-muets de « naissance ne peuvent se marier qu'autant qu'il se- « rait constaté, dans les formes prescrites par la loi,

« qu'ils sont capables de manifester leur volonté. » Mais le consul Cambacérès fit observer « que puisque l'article n'a pour objet que d'expliquer que les sourds muets ne peuvent se marier que lorsqu'ils peuvent consentir, sa disposition se confond avec celle de l'article 4 (146). » (Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, p. 8 et suiv.)

D'où M. Locré conclut « qu'on a laissé à l'arbitrage des tribunaux le discernement des circonstances et des signes qui peuvent faire juger si le sourd-muet a ou non consenti. » (*Esprit du Code civil*, t. II, p. 41.)

Ce n'est donc finalement qu'une question de fait. *L'intelligence et la volonté*, telles sont les deux conditions que l'officier de l'état civil doit surtout vérifier dans ce cas. Il importe, en effet, de s'assurer 1° que le sourd-muet comprend le caractère et les effets de l'engagement qu'il va contracter; 2° qu'il veut effectivement le contracter. Le mieux, sans aucun doute, est d'obtenir son consentement, sa *déclaration* (art. 75) par écrit; mais s'il est illettré, il suffira qu'il s'exprime par un moyen quelconque de communication, par signes et par le secours, s'il y a lieu, d'un interprète (arg. de l'article 333 *Code d'instr. crim.; voy.*, à cet égard, une décision du ministre de la justice du 17 juin 1832, Gillet, *Circul. et Décis. minist.*, p. 214).

Que si l'officier de l'état civil doutait de l'expression de son consentement, il devrait se refuser à la célébration du mariage; et alors le tribunal serait naturellement saisi de la question et aviserait au meilleur moyen de constater son intelligence et sa volonté (comp. Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. I, § 2, n° 7, et Coin-Delisle, art. 75, nos 11-14).

La présence de la famille du sourd-muet sera presque toujours, en pareil cas, la meilleure garantie; mais il n'est d'ailleurs soumis à obtenir le consentement ou le conseil de ses parents que suivant le droit commun. Son

infirmité ne donne lieu, sous ce rapport, à aucune mesure spéciale (comp. *Revue pratique du Droit français*, 1864, p. 474 : *De la capacité civile des sourds-muets*, par M. Jules Vincent).

25. — Mais le sourd-muet est-il capable de consentir les conventions et surtout les donations, dont le contrat de mariage est susceptible?

Question étrangère à notre sujet actuel, direz-vous? Je le sais bien (*supra*, nos 7, 8); et pourtant question utile à résoudre dès maintenant; car si les conventions et les donations par contrat de mariage sont presque toujours les conditions du mariage lui-même, cette vérité ne sera-t-elle pas surtout applicable dans les hypothèses comme la nôtre?

Si nos anciens auteurs s'accordaient pour permettre le mariage au sourd-muet, ils n'étaient pas moins unanimes pour lui défendre toute disposition à titre gratuit de ses biens, du moins lorsqu'il ne savait pas écrire. Et, à cet égard, la position du sourd-muet paraît avoir toujours été très-fâcheuse : « *Mortuo similis est!* » disait le droit romain (L. 39, Code *de Testam.*) — « Un sourd-muet qui ne sait pas écrire, dit Pothier, ne peut donner des signes certains de sa volonté ; d'où il suit qu'il est dans le cas de l'interdiction, et par conséquent qu'il ne peut donner entre-vifs. » (*Des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1 ; *voy.* aussi Ricard, *des Donations*, n° 139, et l'article 2 de l'ordonnance de 1735.)

Le Code Napoléon ne renferme, sur ce point, que deux dispositions (art. 936 et 979) incomplètes et équivoques.

J'examinerai plus tard ce qui concerne le testament et s'il est vrai, comme semblerait le supposer l'article 979, que le sourd-muet ne puisse tester que dans la forme mystique (Colmar, 17 janv. 1815, Schœffer, Sirey, 1815, II, 265; Bordeaux, 16 août 1836; héritiers Pinel, Dev., 1837, II, 468).

Quant aux donations entre-vifs, la jurisprudence et

la doctrine avaient, jusque dans ces derniers temps, conclu *a contrario* de l'article 936, que le sourd-muet, qui ne sait pas écrire, ne pouvait pas en consentir (Liége, 12 mai 1809, Servotte C. Moseaux, D. *Rec. alph.*, v° *Dispositions entre-vifs*, t. V, p. 226; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, n° 4; Coin-Delisle, art. 936, n° 7).

Mais j'applaudis tout à fait, pour mon compte, à l'arrêt par lequel la Cour suprême a décidé que le sourd-muet est capable de donner entre-vifs, lors même qu'il ne sait ni lire ni écrire, si d'ailleurs il est en état de manifester suffisamment sa volonté (Cass., 30 janv. 1844, héritiers Clergue, Dev., 1844, I, 102; *voy.* aussi *Revue de Législ.* de M. Wolowski, t. XIX, p. 616 et suiv., article de M. Pont). La règle, en effet, est que « toutes « personnes peuvent disposer et recevoir, soit par dona- « tion entre-vifs, soit par testament, excepté celles que « la loi en déclare incapables » (art. 902; ajout., article 1123); or, aucun texte ne prononce, à cet égard, d'incapacité contre les sourds-muets; car l'argument éloigné et indirect déduit *a contrario* de l'article 936, ne saurait engendrer cette incapacité; en droit donc, et légalement, ils sont capables. Direz-vous qu'en fait ils ne peuvent pas consentir? Eh! pourquoi donc? Ils peuvent consentir pour se marier, tout le monde en convient; or, pourquoi ne pourraient-ils pas consentir également pour donner? Il y avait donc là, déjà même dans l'ancien droit, une sorte d'inconséquence qui serait aujourd'hui, certes, beaucoup moins explicable qu'autrefois, depuis que le langage des gestes et des signes est parvenu à une telle perfection, qu'il est désormais presque aussi complet et aussi sûr que la langue écrite ou parlée.

Je conclus donc, avec la Cour de cassation, que, « si le sourd-muet peut exprimer un consentement suffisant pour valider son mariage, il s'ensuit que, conformément à l'article 1398, il sera également habile à consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est sus-

ceptible ; et qu'ainsi la faculté de disposer, dans ce cas, de sa fortune sous forme de donation entre-vifs, ne lui est pas interdite. » (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, . I, n° 352.)

25 *bis*. — En principe, c'est de vive voix que les futurs époux doivent exprimer leur consentement.... « *à haute voix*, » disait la loi du 20 septembre 1792 (sect. IV, art. 6); et tel est aussi l'esprit dans lequel l'article 75 a été rédigé (comp. *infra*, n° 209; Cass., 22 avril 1833, Benoit, Dev., 1833, I, 645; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 12).

Toutefois, il résulte de la solution que nous venons de présenter, en ce qui concerne les sourds-muets, que cette condition n'est pas de rigueur, et que la loi admet aussi toute autre manifestation du consentement, dès qu'elle est non équivoque.

26. — Le consentement dont je viens de parler, le consentement qui fait le mariage, doit être exprimé au moment même de la célébration, et devant l'officier de l'état civil (art. 75, 165).

Jusqu'à ce moment suprême, il n'y a point de mariage; et si avancées que soient les choses, les futurs époux sont toujours respectivement libres de se départir de leur projet.

27. — Ils sont toujours libres ! Mais, pourtant, est-ce à dire que l'un d'eux peut impunément, contre le gré de l'autre, rompre les accords et manquer à la promesse de mariage?

Autrefois cette promesse elle-même constituait un véritable contrat, dont les conditions et les effets étaient déterminés par la loi : en droit romain, *sponsalia* (L. 1, ff. *de Sponsalibus*), dans notre ancien droit français, les *fiançailles* (Pothier, *du Contrat de mariage*, n°s 23-66). Les fiançailles étaient en général soumises aux mêmes conditions que le mariage, si ce n'est qu'elles pouvaient avoir lieu avant l'âge requis pour le ma-

riage lui-même. Elles étaient ordinairement accompagnées d'*arrhes,* que les fiancés se donnaient de part et d'autre; celle des parties qui, sans cause légitime, refusait d'accomplir son engagement, était tenue de rendre à l'autre les arrhes qu'elle avait reçues et perdait celles qu'elle avait données. Il en était de même des *présents,* que les fiancés avaient aussi coutume de se faire. — Les fiançailles d'ailleurs produisaient certains empêchements de mariage, soit à l'égard des fiancés eux-mêmes, soit à l'égard de leurs parents; et elles ne pouvaient être dissoutes que par le consentement mutuel des parties, excepté dans les cas où l'un des fiancés avait contre l'autre une juste cause de dédit (Pothier, *loc. cit.;* Merlin, *Rép.,* v° *Fiançailles,* t. V, et v° *Dédit,* t. III).

Il ne paraît pas douteux que l'ancien usage des fiançailles avait pour but de faciliter, de régulariser cette situation délicate qui précède nécessairement les mariages, ces entrevues, ces rapports dans lesquels les futurs époux cherchent à se connaître, à s'apprécier, à s'assurer enfin s'ils se conviennent. C'était comme une épreuve légale, destinée à prévenir les dangers des mariages contractés avec trop de précipitation, et les conséquences irréparables des unions mal assorties. Quoi qu'il en soit, les fiançailles n'existent plus aujourd'hui dans nos lois ni dans nos mœurs; les *fiançailles,* dis-je, telles qu'elles se pratiquaient autrefois, comme convention spéciale, comme véritable contrat (*infra,* n°s 31 et 139).

28. — Mais, bien entendu, aujourd'hui comme par le passé, il y a des demandes en mariage, des entrevues, des promesses, des consentements enfin donnés de part et d'autre, avant le consentement solennel et décisif qui seul fait le mariage.

Eh bien! il s'agit de savoir s'il résulte de ces promesses, de ces consentements préliminaires, s'il en résulte

une obligation, un engagement quelconque, qui autorise le futur délaissé à intenter, contre celui qui l'abandonne, une action en dommages-intérêts.

Cette question principale se divise en trois points :

1° Peut-il y avoir lieu, en pareil cas, à une action en dommages-intérêts ?

2° En cas d'affirmative, d'après quelle base, d'après quelle mesure les dommages-intérêts doivent-ils être appréciés ?

3° Quel est alors le genre de preuve admissible ?

Quelques mots sur ces différents points :

1° « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à au-
« trui un dommage, oblige celui par la faute duquel il
« est arrivé, à le réparer. » (Art. 1382.)

Or, celui qui abandonne sans motif légitime un projet de mariage, peut certainement causer à l'autre futur époux un dommage très-réel;

Donc, il doit être tenu de le réparer.

C'est là une des applications les plus naturelles et les plus légitimes de notre article 1382.

En vain on objecterait que cette menace de dommages-intérêts peut altérer la liberté du consentement si nécessaire dans les mariages; que les causes de refus ne sont pas souvent de nature à être dévoilées, surtout devant la publicité de l'audience; que d'ailleurs tout projet de mariage est nécessairement subordonné à la condition, potestative de part et d'autre, que les futurs se conviendront, et qu'il est dans leur intérêt commun que chacun d'eux conserve une liberté absolue d'examen et de détermination pendant tout le temps de ces entrevues préliminaires qu'ils consacrent précisément à s'étudier et à se connaître; et qu'enfin les dommages-intérêts seraient alors presque impossibles à estimer. — Je vais bientôt m'expliquer sur la nécessité de maintenir le principe de la liberté du consentement et sur l'estimation des dommages-intérêts en pareil cas; nous verrons qu'en effet

ces sortes d'hypothèses sont fort délicates et exigent de la part des magistrats beaucoup de prudence. Il y a donc du vrai, sous ce rapport, dans l'objection; mais elle irait certes bien trop loin, si elle prétendait refuser d'une manière absolue l'application de l'article 1382 à ces hypothèses. Ne peut-il pas y avoir, dans ce cas, un dommage véritable, un dommage injuste, *non jure datum?* (Inst., *de Injuriis.*) Oui sans doute; donc, il doit être réparé. Je ne vois pas pourquoi on ferait, dans ce cas particulier, une exception à l'article 1382, d'autant plus que le dommage proviendra souvent alors d'un acte de perfidie et de déloyauté (Bastia, 3 fév. 1834, R.... C. F..., Dev., 1834, II, 355; comp. Toulouse, 28 nov. 1864, G....; et Rouen, 24 fév. 1865, L...., Dev., 1865, II, 5, 6).

Sans doute tout projet de mariage est conditionnel; et chacun des futurs conserve jusqu'au moment de la célébration la faculté de s'en départir. Mais n'en concluez pas pourtant que l'un d'eux puisse se jouer impunément de l'autre, et qu'après l'avoir constitué en frais, il lui soit permis de le laisser là, par caprice, par inconstance, par cupidité peut être, et pour faire un établissement meilleur. Les magistrats apprécieront donc; ils examineront surtout jusqu'à quel point les choses étaient avancées, et si le projet injustement rompu touchait plus ou moins à son dénoûment.

29. — Quant aux causes qui peuvent justifier, de la part d'un des futurs époux, l'abandon d'un projet de mariage, c'est là surtout une question de fait que les magistrats doivent décider suivant les circonstances. Rien ne s'oppose à ce qu'on invoque, à cet égard, les décisions de nos anciens auteurs sur les causes légitimes qui autorisaient autrefois l'un des fiancés à se départir de son engagement (Pothier, n°s 59-65).

Ce qu'on peut dire en règle générale, c'est que la promesse de mariage est subordonnée à la condition que la

situation demeurera la même jusqu'au jour de la célébration, et qu'il ne se découvrira ou qu'il ne surviendra aucun changement tel, que l'un des futurs époux soit fondé à dire qu'il n'aurait pas accepté ce nouvel état de choses, s'il avait pu le connaître.

Ainsi une condamnation criminelle ou correctionnelle encourue par l'un des futurs, ou tout autre fait capable d'entacher sa réputation, autoriserait certainement l'autre à se départir de sa promesse. De même, une infirmité survenue à l'un des futurs, ou une diminution notable de sa fortune par une faillite, par un accident quelconque, pourraient être considérés comme des causes légitimes de refus, soit de la part du futur lui-même, atteint dans sa personne ou dans ses biens, soit aussi de de la part de l'autre. — Il ne s'agit pas de savoir s'il n'y aurait pas alors plus de noblesse de cœur à ne pas s'éloigner du futur époux malheureux ou ruiné! Je pose une question de droit, une question juridique de dommages-intérêts; or, en droit, je pense que le changement survenu soit dans la personne, soit dans la fortune de l'un des futurs époux, peut être tel, que le refus de la part de l'autre de procéder à la célébration du mariage, soit légalement fondé. C'est là, je le répète, une question d'appréciation; et, suivant les circonstances, les juges pourraient ou l'exempter absolument de tous dommages-intérêts, ou du moins modérer la condamnation.

Il est inutile de dire que la grossesse de la future épouse serait pour le futur une des causes les plus légitimes de refus (Rouen, 20 fév. 1813, Fouquet, C. Duchemin, Sirey, 1815, II, 114; Bordeaux, 23 nov. 1853, F. C. Laperrine, Dev., 1853, II, 245).

Notons pourtant qu'il ne faudrait pas qu'il fût lui-même l'auteur de cette grossesse; car l'abandon n'en serait ainsi très-souvent que plus odieux encore et plus punissable (voy. les *observations*, que nous avons présentées sur un

arrêt de la Cour de Caen, du 24 avril 1850, dans le *Journal du Palais*, 1852, II, 536).

Mais, dira-t-on, la recherche de la paternité étant interdite (art. 340), la femme ne pourra jamais prouver contre son futur époux qu'il est l'auteur de la grossesse?

Je réponds qu'il ne s'agit pas là d'une recherche de paternité; la femme ne conclut pas à ce qu'un tel soit déclaré père de son enfant; elle demande des dommages-intérêts, uniquement parce que cet homme a rompu sans motif légitime un projet de mariage; elle invoque enfin seulement contre lui l'article 1382. — Si vous lui opposez alors sa grossesse, si vous prétendez en induire contre elle une fin de non-recevoir, et au profit du défendeur une cause légitime de refus et d'immunité, je dis qu'elle est fondée à repousser, par voie d'exception et de défense, ce moyen, par lequel vous prétendez combattre son action en dommages-intérêts. Elle pourra donc vous suivre sur ce terrain où vous la provoquez vous-même, et prouver, non pas que le futur époux est le père de son enfant (tel n'est pas l'objet du procès), mais qu'il résulte de toutes les circonstances de l'espèce qu'elle ne mérite pas le reproche d'inconduite qu'on lui adresse, et que finalement le défendeur n'a point de cause légitime de refus qui puisse l'affranchir des dommages-intérêts. Et bien plus! je crois alors, malgré une décision contraire de la Cour de Toulouse (13 mai 1842, Poujade, C. Bès, D., 1843, II, 31), que le *préjudice moral* résultant, pour la future délaissée, de cette grossesse même, pourra être pris en considération par les juges dans la fixation des dommages-intérêts (*infra*, n° 30, A; *voy.* toutefois aussi Bastia, 28 août 1854, Bartoli, Dev., 1854, II, 657).

De quelle manière devra se faire cette preuve délicate? c'est ce que nous allons voir bientôt (*infra*, n° 33). Mais enfin cette preuve, quel qu'en doive être le mode, n'est

pas nécessairement irrecevable (Cass., 17 août 1814, II, 483; Rouen, 7 déc. 1825, Beauvais, C. Brandebourg, D., 1826, II, 87; Cass., 24 mars 1845, Labia C. Baysse, D., 1845, I, 177; Douai, 3 déc. 1853, C., C. B., Dev., 1854, II, 193; Nîmes, 2 janv. 1855, Platon, Dev., 1855, II, 38; Merlin, *Rép.*, v° *Fornication*, § II, t. V, p. 282; Charles Ballot, *Revue de droit français et étranger*, 1848, t. V, p. 840; Marcadé, *Revue crit. de jurisp.*, 1853, p. 197; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 31).

30. — 2° Le principe lui-même me paraît donc certain; il peut y avoir lieu à des dommages-intérêts contre celui qui refuse injustement d'accomplir un projet de mariage.

Maintenant, d'après quelle base, d'après quelle mesure ces dommages-intérêts doivent-ils être estimés?

Deux hypothèses peuvent se présenter :

Ou les parties n'ont stipulé aucun dédit, aucune clause pénale;

Ou elles ont stipulé une certaine somme à titre de clause pénale et de dédit.

A. — Je suppose d'abord que les parties n'ont fait aucune stipulation particulière.

D'après l'article 1149 « les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite, et du gain dont il a été privé.... » *Quantum mihi abest, quantumque lucrari potui* (L. 13, ff. *ratam rem hab.*); ce qu'on exprime encore par ces mots : *damnum emergens* et *lucrum cessans*.

Telle est la règle générale. — Est-elle ici applicable? et y a-t-il, dans ce cas, ouverture à ce double chef de l'action en dommages-intérêts?

Et d'abord, quant au préjudice éprouvé, *damnum emergens*, il peut être lui-même de deux sortes : préjudice matériel, préjudice moral. — Le préjudice matériel doit être, sans aucun doute, et même presque toujours intégralement réparé : dépenses de voyage, acquisitions déjà

faites et devenues inutiles ; frais de contrat, de publications et de dispenses d'âge ; présents donnés et reçus ; perte de temps et même préjudice résultant de la démission d'un emploi public donnée en vue du prochain mariage.... Tout cela est, 1° facilement appréciable, 2° en général peu important ; tout cela enfin constitue une perte réelle, un *déficit* dans le patrimoine du demandeur en dommages-intérêts.

A l'égard du préjudice moral, il peut s'élever des doutes sérieux, précisément par le double motif que l'appréciation en est très-difficile, très-arbitraire, et que les dommages-intérêts pourraient être alors sans mesure et sans limites. Quel tarif, en effet, pouvez-vous avoir pour apprécier le degré de tort ou de déconsidération, que les assiduités d'un prétendant auront causé à la femme, à la jeune fille, ou que le refus de celle-ci aura causé au futur éconduit? (Metz, 18 juin 1818, Malher C. Will, Sirey, 1819, II, 108; Toulouse, 13 mai 1842, Poujade C. Bès, D., 1843, II, 31.) — Quoi qu'il en soit, je pense que cette espèce de préjudice pourra être aussi prise en considération par les juges dans l'estimation des dommages-intérêts. Non-seulement l'atteinte portée à la réputation et à l'honneur des personnes est réprimée par nos lois pénales (art 373-376 C. pén. ; lois des 17 mai 1819 et 25 mars 1822) ; mais elle peut donner lieu aussi à une action civile en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code Napoléon (Cass., 4 août 1841, le journal *le Pays* C. le préfet du Gers, Dev., 1841, I, 787 ; Douai, 10 juin 1844, Degeorge C. de Verteillac, Dev., 1844, II, 471) ; et la loi n'est pas arrêtée par le motif que l'appréciation de ce dommage purement moral est très-difficile et très-incertaine ; or, peu importe dans quelles circonstances il a été commis, dès qu'on reconnaît, en fait, qu'il existe ; donc, il doit être aussi réparé, lorsqu'il résulte de l'inexécution blessante et injuste d'une promesse de mariage ; car cet *affront*, comme dit Pothier

(n° 63), peut rendre un autre établissement très-difficile et même le plus souvent impossible, si le préjudice résulte de la grossesse de la future abandonnée (*supra*, n° 29); tout cela, sous la condition, bien entendu, d'apprécier ces dommages-intérêts humainement, avec modération, avec intelligence.

La même objection s'élève, et plus pressante encore, contre les dommages-intérêts réclamés *propter lucrum cessans*. Le futur délaissé vient dire : j'allais faire le plus brillant mariage; le contrat déjà rédigé m'assurait une donation de 100 000 fr.; or, c'est par la faute, par la déloyauté de ma future que cet avantage me manque; donc, elle doit m'en indemniser. — Oh! pour cette fois, il n'est pas fondé : remarquez bien que le futur délaissé ne peut pas avoir la prétention d'être mis, sous les rapports pécuniaires, au même état que si le mariage avait eu lieu. Autrement, il pourrait donc demander le maintien de tous les avantages soit présents soit futurs, qui lui auraient été faits par les conventions matrimoniales. Le projet de contrat de mariage tombe avec le projet de mariage (art. 1088); et il n'est pas plus possible de condamner l'un des futurs époux à l'exécution du contrat de mariage qu'à l'exécution du mariage lui-même. La vérité est donc que l'article applicable n'est pas ici l'article 1149, mais bien l'article 1382. Ce n'est pas l'accomplissement d'une obligation conventionnelle qu'on réclame; on ne peut pas prendre de telles conclusions; on se plaint seulement d'un dommage injustement causé (*infra*, n° 31 B). Ce chef de dommages-intérêts *propter lucrum cessans*, ne devrait donc pas être alloué, sauf toutefois aux magistrats à prendre en considération toutes les circonstances du fait pour déterminer le montant des dommages-intérêts (Merlin, *Rép.*, t. III, v° *Dédit*, p. 377).

31. — B. Mais les parties ont stipulé une clause pénale; elles ont stipulé que celle des deux qui refuserait d'accomplir le projet de mariage, payerait à l'autre,

pour dommages-intérêts, une somme, par exemple de 10 000 fr.

Cette convention est-elle valable?

Pour l'affirmative on raisonne ainsi : 1° Les parties ont le droit de déterminer d'avance elles-mêmes le chiffre des dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution d'une obligation (art. 1152, 1226, 1229); or, l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts, (art. 1142); donc, les parties sont libres, dans ce cas comme dans tous les autres, d'en fixer d'avance le montant; 2° c'est même pour ces sortes d'hypothèses que la clause pénale est plus que jamais utile; quel est en effet son but? c'est de prévenir les difficultés, les frais, les incertitudes de la preuve qu'il faudrait faire de *la perte éprouvée* et du *gain manqué* par suite de l'inexécution de l'obligation; or, cette preuve est surtout difficile, elle est même souvent impossible en ce qui concerne l'inexécution d'une promesse de mariage; comment voulez-vous, par exemple, que cette jeune fille prouve que lorsqu'elle a préféré celui qui maintenant la délaisse, elle était recherchée par d'autres qu'elle a refusés pour lui! donc, il est alors très-convenable et très-utile de stipuler d'avance, et à forfait, le chiffre des dommages-intérêts; 3° et ne dites pas que cette convention serait contraire à l'ordre public (art. 6), parce qu'elle gênerait la liberté des mariages! — Quelle est-elle donc cette convention? une promesse de mariage, c'est-à-dire la promesse apparemment de faire une chose morale et honnête; et on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas être, comme toute autre convention licite, accompagnée d'une clause pénale (art. 1229). — Mais les mariages doivent être libres! — Savez-vous ce que signifie cette maxime, que notre ancienne jurisprudence avait si mal à propos empruntée au droit romain? Écoutez :

Libera esse matrimonia antiquitus placuit, ideoque pacta ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus

pœnæ irrogarentur ei qui quæve divortium fecisset, ratas non haberi constat (L. 2, Cod. *de Inutil. stipul.*). *Inhonestum visum est vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive futura sive jam contracta....* (L. 134, ff. *de Verb. oblig.*)

Ainsi cette prétendue liberté des mariages, c'était la liberté des divorces! c'était la licence effrénée des mœurs! On conçoit qu'une législation qui ne permettait pas de gêner, par une clause pénale, la faculté pour l'un des époux de répudier l'autre par le divorce le moins motivé et le plus scandaleux, on conçoit que cette législation devait, *a fortiori*, déclarer nulles les clauses pénales ajoutées aux simples promesses de mariage (L. 1, Cod. *de Sponsalibus;* L. 2, Cod. *de Repud.*); mais c'était là un effet de la dépravation des mœurs romaines à cette époque, *perditis et profligatis civitatis moribus* (Hotman, *Disput., de Sponsalibus*, ch. IV, t. I). Aussi l'empereur Léon fit-il une constitution tout exprès pour valider les clauses pénales stipulées en cas d'inexécution des promesses de mariage. (Nov. 18, *ut in sponsalibus constituta pœna exigatur.*) Voilà l'exemple que notre ancien droit aurait dû suivre, et que nous devons certainement suivre aujourd'hui, comme le plus conforme aux vrais principes du droit et de la morale. Les magistrats devront donc condamner le futur réfractaire au payement de la clause pénale, sans pouvoir ni l'augmenter ni la diminuer (art. 1152; Nîmes, 6 août 1806, Rey, C. Brigite, Sirey 1806, II, 476; Trèves, 5 févr. 1808, Henry Theysson C. Schmitt, Sirey, 1808, II, 169; Rouen, 28 févr. 1815, Debonnaire C. Delahuppe, Sirey, 1815, II, 224; Toullier, t. VI, p. 293-303; Merlin, *Rép.*, t. IX, v° *Peine contractuelle*, p. 211-213, et t. XVII, p. 299-302).

Je préfère néanmoins le sentiment contraire :

1° La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale (art. 1227); or, il faut considérer comme nulle, aux yeux de la loi, la convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à l'épouser, dans

tous les cas et nécessairement, alors même qu'elle ne voudrait plus y consentir au moment de la célébration; donc, la clause pénale ajoutée à une telle convention est frappée de la même nullité. Je dis que cette obligation est nulle, parce qu'elle viole en effet le principe de droit public, qui ne permet pas de s'engager d'avance à se marier contre son gré, et d'aliéner cette liberté absolue de détermination, que l'on doit toujours conserver jusque devant l'officier de l'état civil (art. 6, 1172).

2° Si l'obligation ainsi contractée était valable, les juges pourraient condamner le défendeur à l'exécuter, et lui impartir même, à cet effet, un délai; voilà ce qui arrive, quand il s'agit de l'obligation de faire; elle ne se résout en dommages-intérêts que par suite de la maxime *nemo præcise cogi potest ad factum* (art. 1142); mais cette condamnation aux dommages-intérêts n'est que subsidiaire; aussi le créancier peut-il être autorisé à faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur, lorsqu'elle peut être exécutée par un autre que par lui (art. 1143, 1237); or, les partisans même de l'opinion que je combats, reconnaissent que les juges ne pourraient condamner ni directement, ni indirectement, ni principalement, ni subsidiairement, le défendeur à l'exécution même de sa promesse de mariage; donc, ils avouent que cette promesse est nulle et qu'elle s'applique à un fait qui n'est pas susceptible d'être l'objet d'une condamnation ni par conséquent d'une obligation.

Il est vrai que dans certains pays, en Hollande, en Allemagne (Code prussien, seconde partie, tit. I, art. 112-117), on pense que le futur récalcitrant peut être contraint, même par corps, à célébrer le mariage! Bien plus, que le magistrat peut, en certains cas, prononcer par jugement que le mariage sera tenu pour accompli, comme lorsqu'il s'agit de légitimer des enfants nés sur la foi d'une promesse de mariage! (Voët, ff. liv. XXIII, tit. I, *de Sponsalibus*, n° 12; Toullier, t. VI, n° 298.)

Mais personne, chez nous, n'a enseigné de telles propositions : « Le juge, dit Pothier, en condamnant la partie qui refuse d'accomplir les promesses de mariage, à une somme pour les dommages-intérêts, ne doit pas ajouter cette alternative : *si mieux n'aime épouser;* cette prononciation est indécente et paraît blesser la liberté des mariages; la Cour l'a défendue par arrêt du 10 mars 1713. » (N° 54.) Celui auquel une promesse de mariage a été faite, n'aurait même certes pas aujourd'hui le droit, qui appartenait autrefois au fiancé (Pothier, nos 48 et 81), de former opposition au mariage du souscripteur infidèle de cette promesse, avec une autre personne; l'article 188 n'accorde ce droit qu'à la personne *engagée par mariage avec l'une des parties contractantes.* Il n'y a donc pas là véritablement d'obligation aux yeux de la loi; il n'y a pas de convention valable.... et pourquoi? « parce qu'étant d'une extrême importance pour le bien de la société civile, que les mariages soient parfaitement libres, une partie ne doit pas être mise dans la nécessité de contracter un mariage contre son gré, par la crainte de souffrir une grosse perte.... » (Pothier, nos 43, 44.) C'est-à-dire que la nullité d'une telle convention procède d'un motif qui intéresse le bien général de la société, d'un motif par conséquent d'ordre public, qui vicie nécessairement tout à la fois et l'obligation principale et la clause pénale (art. 6).

3° Il importe d'autant plus aujourd'hui de maintenir ces principes, que les juges n'ont plus, comme autrefois (Pothier, *des Obligat.*, n° 345), le pouvoir de réduire et de modérer les peines stipulées par les parties (art. 1152), et que, par conséquent, la liberté des mariages pourrait être véritablement détruite par des clauses pénales exorbitantes.

4° Ajoutons enfin que toutes les clauses de ce genre sont en général fort peu honnêtes, et que si elles peuvent être un *moyen de séduction contre l'innocence et la simpli-*

cité (Toullier, t. VI, p. 334), elles sont aussi très-souvent surprises aux égarements de la passion, aux témérités de la jeunesse, et n'ont finalement, presque dans tous les cas, pour cause que l'inconduite et le désordre.

Je conclus donc que la clause pénale est nulle comme l'obligation principale elle-même ; et voilà pourquoi j'ai basé uniquement sur l'article 1382 le principe des dommages-intérêts auxquels peut donner lieu l'espèce de quasi-délit résultant de l'abandon, sans motif légitime, d'un projet de mariage (Amiens, 30 mai 1812, Barbier C. Deverité, Sirey, 1814, II, 19; Cass., 21 déc. 1814, mêmes parties, Sirey, 1815, I, 159; Cass., 6 juin 1821, Cheneveau C. Champigny, Sirey, 1823, I, 41; Cass., 27 juin 1833, Courtot C. Leloussey, Dev., 1833, I, 548; Poitiers, 29 mai 1834, Coutreau C. Bouvier, Dev., 1834, II, 354; Cass., 7 mai 1836, Boulet C. Lapeyre, Dev., 1836, I, 474; Cass., 5 mars 1838, G.... C. F..., Dev., 1838, I, 287; Cass., 11 juin 1838, de Lavit C. Bessière, Dev., 1838, I, 494; Nîmes, 25 janvier 1839, mêmes parties, Dev., 1839, II, 177; ajout. aussi Cass., 1er mai 1855, Foubert, D., 1855, I, 147, et le remarquable rapport de M. le conseiller Laborie; Duranton, t. II, n° 187; Vazeille, t. I, nos 145-152; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 233, note 25).

32. — Et pour m'expliquer de suite sur tout ce qui concerne les promesses de mariage, je dirai que je considère aussi comme nulle la convention avec clause pénale, par laquelle les pères de deux enfants mineurs de différent sexe s'engageraient à les marier ensemble, lorsqu'ils auront l'âge de puberté.

Toullier admet toutefois, dans ce cas, une distinction : « Si la peine était stipulée contre celui des deux pères qui s'opposerait au mariage, ou qui refuserait son consentement, la convention ne serait pas nulle; car, loin d'être contraire à la liberté des mariages, elle favorise cette liberté; mais si la peine était stipulée, en cas que

l'un des enfants refusât d'accomplir le mariage, elle ne serait pas exigible, car elle tendrait à gêner la liberté des mariages ; le père étant personnellement intéressé à l'accomplissement du mariage, pourrait abuser de sa puissance pour contraindre l'inclination de son enfant. » (T. VI, n° 303.)

Je pense au contraire que la convention serait nulle dans tous les cas : le père, chargé par la loi de protéger son enfant dans cette occasion si importante, ne peut pas renoncer à cette mission, à ce devoir, ni se priver d'avance des moyens de l'exercer; il faut, dès lors, rejeter toute convention qui tendrait à enlever au père cette entière liberté d'examen et de détermination, qu'il doit conserver jusqu'au moment même de la célébration du mariage (*infra*, n° 56) ; or, la liberté du père serait gênée par cette clause pénale, si, en effet, il devait l'encourir en refusant son consentement; donc, cette clause doit être déclarée nulle (L. 134, ff. *de Verb. oblig.*). Il est essentiel que le père puisse, je le répète, en toute liberté, refuser maintenant son consentement, s'il reconnaît que ce mariage, qu'il avait d'abord agréé, ne convient pas à son enfant et fera peut-être son malheur.

33. — 3° Reste à savoir quel est le mode de preuve admissible à l'égard d'une demande en dommages-intérêts fondée sur l'abandon, sans cause légitime, d'un projet de mariage.

La preuve doit-elle nécessairement résulter, soit d'un acte écrit, soit de l'aveu du défendeur? ou bien, au contraire, la preuve par témoins ou par présomptions est-elle recevable, même sans commencement de preuve par écrit?

Il n'y aura pas de difficulté, si la partie demanderesse se prévaut de l'aveu du défendeur ou d'un écrit émané de lui, soit d'une promesse positive de mariage, soit d'un contrat de mariage déjà rédigé, soit même de simples lettres, sauf, bien entendu, au tribunal à apprécier le

caractère et la force probante des écrits produits au procès.

Mais cette condition est-elle indispensable?

Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : 1° des articles 1341, 1348 et 1353, il résulte qu'en règle générale, la preuve par témoins et par présomptions n'est admise que lorsqu'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale; or, rien n'est plus facile que d'obtenir la preuve par écrit d'une promesse de mariage ; donc, cette promesse ne peut pas être prouvée par témoins ni par présomptions. 2° Les plus puissantes considérations d'intérêt public et privé exigent qu'il en soit ainsi. Qui ne voit en effet que si la simple allégation d'une promesse de mariage suffisait pour donner, dans ce cas, passage à la preuve testimoniale, il n'est pas de relations illicites, il n'est pas d'intrigue plus ou moins scandaleuse qui ne pourrait venir se dénouer devant les tribunaux, au grand détriment de l'honneur des citoyens et de la pudeur publique? (Merlin, *Rép.*, t. V, v° *Fornication*, § 2-2°, p. 282.) Et il résulte de ce qui précède (*supra*, n° 29) que l'article 340, qui défend la recherche de la paternité, ne serait pas un obstacle à ces déplorables procès. 3° Il faut donc conclure que les promesses de mariage doivent être prouvées par écrit, comme autrefois les financailles (Pothier, n° 30) ; aussi cette preuve existait-elle dans toutes les espèces décidées par les arrêts précités (*voy.* aussi Rouen, 28 févr. 1815, Debonnaire C. Delahuppe, Sirey, 1815, II, n° 224; Paris, 19 janv. 1865, G...., Dev. 1865, II, 6).

Cette conclusion, pourtant, ainsi formulée d'une manière théorique et absolue, ne me paraîtrait point exacte :

1° Nous avons reconnu que l'obligation de réparer le préjudice causé dérivait ici non pas de l'inexécution d'une convention, mais d'un quasi-délit, non pas des articles 1134, 1142 et 1149, mais de l'article 1382; or, les obligations résultant des quasi-délits peuvent être

prouvées par témoins et par présomptions (art. 1348-1°); donc, ce genre de preuve est, dans notre espèce, admissible. Ce n'est pas la promesse de mariage, en effet, la promesse par elle-même et par elle seule, qui a causé le dommage dont la réparation est demandée. C'est toute la conduite du futur époux réfractaire ; ce sont toutes les circonstances qui s'y rattachent ; c'est le fait même, en un mot, fait qui ne constitue pas une faute contractuelle, mais un quasi-délit. Et voilà bien ce qui distingue notre droit nouveau, sur ce sujet, d'avec le droit ancien, quoique finalement, les résultats soient presque semblables en ce qui concerne la fixation des dommages-intérêts. Mais le principe et la cause de ces dommages-intérêts ne sont plus les mêmes : c'était autrefois la convention des fiançailles ; c'est aujourd'hui seulement le quasi-délit résultant d'un abandon non justifié.

2° Je ne nie pas les inconvénients sérieux que cette solution pourrait avoir ; mais c'est aux magistrats, à leur sagesse, à leur expérience, qu'il appartient de les prévenir par une intelligente appréciation des circonstances. Sans doute il ne faut pas que la partie demanderesse en dommages-intérêts doive imputer à sa propre inconduite ou même à sa faiblesse, la cause du préjudice qu'elle subit ! Il faut qu'une cause honnête et avouable ait déterminé ce préjudice (Dalloz, 1845, I, 177, note 1). J'en conviens ; mais une promesse de mariage, un projet de mariage n'est-il pas une cause honnête ? or, le préjudice, dont ce projet assurément très-avouable, a été ensuite l'occasion, dérive d'un quasi-délit ; donc, la preuve par témoins et par présomptions n'est pas nécessairement, en droit, irrecevable (*voy.* les remarquables motifs de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 24 mars 1845, Labia, Dev., 1845, I, 539 ; ajout. Cass. 26 juill. 1864, L...., Dev. 1865, I, 33 ; et les observations de M. le conseiller Moreau, *h. l.*).

SECTION III.

DE L'OBLIGATION POUR LES FUTURS ÉPOUX D'OBTENIR LE CONSENTEMENT DES PERSONNES SOUS LA PUISSANCE DESQUELLES ILS SE TROUVENT RELATIVEMENT AU MARIAGE, OU DU MOINS DE DEMANDER LE CONSEIL DE LEURS ASCENDANTS.

34. — La loi soumet les futurs époux à l'obligation de demander le consentement ou le conseil de certaines personnes. J'en ai déjà dit les motifs (*supra*, n° 2); il le fallait, d'abord et avant tout, pour les futurs époux eux-mêmes, qu'il importe d'éclairer et de défendre contre les séductions, contre les égarements des passions; — pour leur famille, très-intéressée à ce qu'un mariage fâcheux ne lui crée pas des rapports d'alliance et de parenté tout à fait mal assortis; — pour la société elle-même, enfin, très-intéressée au maintien de la discipline domestique et du bon ordre des familles, et qui doit dès lors ne prêter son concours à la célébration d'un mariage que lorsque les enfants ont accompli envers leurs père et mère, ou autres ascendants, ces devoirs de déférence, dont ils ne pourraient pas, sans ingratitude et sans impiété, s'affranchir dans une telle occasion (art. 371).

Nous allons examiner cette condition;

1° A l'égard des enfants légitimes;

2° A l'égard des enfants naturels légalement reconnus.

35. — 1° Voici, en ce qui concerne les enfants légitimes, la règle générale qui résulte des différents articles que nous avons à expliquer (art. 148-157 et 160).

Ont-ils encore un ou plusieurs de leurs ascendants?

Le fils avant vingt-cinq ans, la fille avant vingt et un ans, ne peuvent contracter mariage sans obtenir le consentement de leurs ascendants, suivant l'ordre que la loi détermine à cet effet. Après cet âge, les enfants ne sont plus tenus que de demander leur conseil par des actes

respectueux, sans que le refus de consentement de la part des ascendants puisse empêcher le mariage.

N'ont-ils plus d'ascendants? Ils ne peuvent, avant vingt et un ans, contracter mariage sans le consentement du conseil de famille; mais après cet âge, et sans distinction cette fois entre les garçons et les filles, ils ne sont plus tenus de demander le consentement ni même le conseil de personne.

Quelques détails maintenant sur la manière dont cette règle fonctionne dans ses différentes applications.

36. — *Première hypothèse :* L'enfant légitime a encore un ou plusieurs de ses ascendants.

Je viens de dire qu'il doit obtenir tantôt leur consentement, tantôt leur conseil.

Je m'occupe d'abord du consentement, et je recherche: — Dans quels cas il est nécessaire? — Par quels ascendants il doit être donné? — Comment et à quelle époque il doit l'être?

37. — Dans quels cas? — Pour le fils, tant qu'il n'a pas vingt-cinq ans accomplis; pour la fille, tant qu'elle n'a pas vingt et un ans accomplis (art. 148). En règle générale, l'individu majeur de vingt et un ans est capable de tous les actes de la vie civile (art. 488). Cette règle, qui s'applique à la fille même pour le mariage, reçoit au contraire, dans ce cas, une exception pour le fils dont la majorité se trouve alors différée jusqu'à vingt-cinq ans. Pourquoi cette différence? c'est que les filles sont plus tôt nubiles que les garçons, et aussi qu'elles passent plus vite et qu'il n'y a qu'un certain nombre d'années pendant lequel, d'ordinaire, elles trouvent à se marier facilement; c'est que le fils d'ailleurs tient plus à la famille encore que la fille, puisqu'il en conserve et perpétue le nom; c'est aussi peut-être qu'on a voulu favoriser davantage le mariage des filles, dont l'avenir, en effet, dans le célibat, est souvent fort triste, privées qu'elles sont d'un protecteur si nécessaire à leur faiblesse, et de tous

ces moyens de travail par lesquels l'homme peut assurer son existence et se suffire à lui-même. Ajoutez enfin qu'on a beaucoup moins à craindre de la part des filles que de la part des fils un mariage contre le gré des parents, de la part des filles, dont la pudeur naturelle et l'éducation plus surveillée garantissent bien mieux la soumission et la retenue.

Il est inutile de dire que l'émancipation ne dispense pas l'enfant de cette obligation (art. 476-487), puisque l'article 148 y soumet la fille jusqu'à vingt et un ans, et que même la majorité du fils ne l'en dispense pas encore.

D'ailleurs le consentement des ascendants est requis pour un second comme pour un premier mariage.... toutes les fois enfin qu'un fils avant vingt-cinq ans, et qu'une fille avant vingt et un ans, veulent se marier (art. 148).

Il faut donc un consentement nouveau et spécial pour chaque mariage; car le premier pouvait être très-convenable, et le second serait peut-être extravagant ou contraire, par un motif quelconque, aux intérêts de l'enfant.

38. — Par quels ascendants le consentement doit-il être donné?

Il faut distinguer:

Les père et mère existent-ils encore tous les deux? ils doivent tous les deux consentir. — Mais voici que l'un dit oui, et l'autre non.... Ce partage emporte-t-il consentement? en aucune manière. Une telle décision eût porté atteinte à la double autorité du chef de la famille, et comme mari (art. 213) et comme père (art. 373). Sa volonté donc prévaudra, soit qu'il refuse, soit qu'il consente; aussi bien l'avis du père doit-il en général être présumé le plus sage.

Remarquez toutefois que ce n'est qu'en cas de dissentiment que le consentement du père suffit (art. 148). Il faut donc que la mère soit consultée; il le faut, parce que l'article commence d'abord par exiger tout à la fois le

consentement des père et mère, parce que ce n'est qu'en cas de *dissentiment* que l'avis du père l'emporte; il le faut enfin, parce que la mère consultée pourra présenter à son mari et à son enfant des observations, des conseils qui les détourneront peut-être l'un ou l'autre de ce projet de mariage, et parce que d'ailleurs il y aurait dans la conduite de l'enfant qui voudrait se marier sans avoir même consulté sa mère, une intolérable violation de tous ses devoirs de soumission et de respect filial.

Mais quelle est la sanction de cet article qui exige que la mère soit toujours aussi consultée? c'est que l'officier de l'état civil ne doit pas célébrer le mariage, tant qu'on ne lui en représente pas la preuve (art. 76-4°), et qu'il devrait dès lors, s'il n'avait pas eu ce soin, encourir les peines prononcées par les articles 156 du Code Napoléon et 193 du Code pénal. La preuve du refus de consentement de la part de la mère devrait être faite par acte authentique (arg. de l'article 73); et le mode de procéder le plus naturel serait de lui adresser un acte respectueux (art. 154; Valette sur Proudon, t. I, p. 396, note 6).

Mais il ne serait pas nécessaire, dans ce cas, d'attendre l'expiration du délai d'un mois, après l'acte respectueux, pour procéder à la célébration du mariage; cet acte ayant alors seulement pour but de constater le dissentiment de la mère ; or, en cas de dissentiment le consentement du père suffit (comp. *infra* n° 62.)

La mère elle-même d'ailleurs pourrait aussi, bien entendu, avertir officieusement l'officier de l'état civil qu'elle n'a pas même été consultée.

59. — Mais pourrait-elle faire plus encore et former une opposition au mariage?

L'affirmative a ses autorités et ses partisans (Riom, 30 juin 1817, de Volongat, Sirey, 1818, II, 41, Delvincourt, t. I, p. 58, note 4 ; Duranton, t. I, p. 60, note 3 ; Vazeille, t. I, n° 119; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 208).

Elle ne me paraît pourtant conforme ni au texte ni au

véritable esprit de la loi : d'après l'article 173, la mère ne peut former opposition qu'*à défaut du père ;* or, dans notre espèce, le père est là qui donne son consentement au mariage ; donc, la mère n'y peut pas former opposition, pas plus qu'elle ne pourrait, le mariage une fois célébré, en demander la nullité (comp. art. 158, 163, 182). Cette opposition en effet aurait alors l'inconvénient grave de porter devant les tribunaux ce conflit entre le père et la mère, de révéler au public leurs mésintelligences domestiques ; et tout cela finalement sans but et sans résultat, puisque le refus de la mère ne pouvant pas empêcher le mariage, les magistrats devraient nécessairement, et dans tous les cas, donner mainlevée de son opposition. Il me semble donc que le droit de la mère est suffisamment garanti par les moyens que je viens d'indiquer (Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Opposition à un mariage,* p. 238, 239 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 65).

Mais, pour ceux-là, il faut y tenir la main.

Un auteur, qui permet à la mère de former opposition, ajoute en même temps que « l'officier de l'état civil ne devrait pas, en l'absence de toute opposition de la part de la mère, se refuser, dans tous les cas quelconques, à procéder à la célébration sur le motif que son consentement ne lui est pas représenté ; la supposition que la mère n'a pas été consultée n'est pas naturelle ; il y a au contraire présomption que le mariage de l'enfant lui est agréable, puisqu'elle n'y forme pas opposition ; les circonstances devraient donc le déterminer à prêter son ministère ou à le refuser jusqu'à ce que le consentement de la mère lui eût été remis.... » (Duranton, *loc. cit. ; voy.* aussi Dalloz, *Rec. alph.*, t. X, v° *Mariage,* section I, art. 4, n° 7.)

Je ne fais pas cette concession. Il faut, en pareille matière, que tout se passe régulièrement et que les prescriptions de la loi soient toujours exactement observées ; or, la loi impose à l'officier de l'état civil le devoir de se

faire présenter la preuve du consentement de la mère, ou du moins de son refus, si le père consent ; donc il doit, dans tous les cas, l'exiger. Je conçois bien que vous permettiez à la mère de former opposition, si vous permettez à l'officier public de célébrer le mariage sans s'assurer qu'elle a été consultée. Mais n'y a-t-il pas là quelque contradiction ? et ne peut-on pas vous reprocher de refuser à la mère la garantie que la loi lui accorde, pour lui en accorder une autre que la loi précisément lui refuse ?

40. — « Si l'un des deux est mort ou s'il est dans « l'impossibilité de manifester sa volonté, le consente- « ment de l'autre suffit. » (Art. 149.)

Régulièrement, le décès doit être prouvé par la représentation de l'acte de l'état civil. Mais si l'un des deux, le père ou la mère, déclarait qu'il ignore le lieu de décès de son conjoint, cette attestation suffirait-elle, et devrait-on appliquer, dans ce cas, l'avis du conseil d'État du 4 messidor an XIII ? (*Infra*, n° 64.)

MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. III, page 264, note 23) et Vazeille (t. I, n° 123) professent l'affirmative. Duranton enseigne également que l'enfant majeur de vingt et un ans, *fille* ou *garçon*, peut se marier avec le seul consentement de sa mère, qui atteste le décès du père, sans pourtant en représenter l'acte. « Il serait inconséquent, dit-il, de permettre à l'enfant de se marier à cet âge, quand il n'a point d'autre ascendant que son père absent, et de lui refuser ce droit lorsqu'il y en a d'autres qui donnent leur consentement au mariage. (T. II, n° 88.)

Je n'admettrais pourtant pas cette solution, dans des termes du moins aussi absolus. Quelle est l'hypothèse dans laquelle, d'après l'avis du conseil d'État du 4 messidor an XIII, une simple attestation est déclarée suffisante ? écoutez : « Il n'est pas nécessaire de produire l'acte de décès des père et mère des futurs mariés, lorsque les aïeuls et aïeules attestent ce décès.... » On suppose donc les père et mère tous deux décédés ; et c'est

alors que les aïeuls et les aïeules, en attestant leur décès, pourront eux-mêmes consentir au mariage; or, telle n'est pas notre hypothèse, puisqu'il s'agit non pas d'un aïeul attestant le décès des père et mère, mais du père ou même de la mère attestant le décès de son conjoint; donc, les termes de l'avis du conseil d'État ne s'y appliquent pas.

C'est *a fortiori*, dit-on, qu'il faut les y appliquer! Comment, en effet, la mère ne pourrait-elle pas attester valablement le décès du père, quand l'aïeul atteste valablement le décès de tous les deux, et du père et de la mère? (Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. III, p. 264, note 23; Marcadé, t. II, art. 150, n° 2.)

J'y verrais, au contraire, une différence! Il me semble que l'on a pu vouloir, et avec raison, se mettre plus en garde contre la déclaration du père ou de la mère attestant le prédécès de son conjoint, que contre la déclaration des aïeuls et aïeules attestant le prédécès des père et mère. Dans ce dernier cas, il n'y a vraiment pas d'inconvénient, et on n'a guère à craindre qu'un aïeul veuille marier son petit-fils contre le gré et à l'insu du père et de la mère. Mais croyez-vous, au contraire, que ce danger-là ne doive pas être prévu dans notre hypothèse? Ne voit-on pas trop souvent le mari et la femme dans une sorte d'hostilité, vivant séparés et quelquefois loin l'un de l'autre? N'est-ce pas souvent aussi, sur la question du mariage de leurs enfants, qu'éclatent entre eux, avec le plus de vivacité, les mésintelligences et les conflits? Serait-il prudent de se contenter de la déclaration de l'un d'eux, de celle de la mère surtout, qui attesterait le décès du père pour faire faire à sa fille ou à son fils un mariage auquel le père n'aurait pas voulu consentir? Ces considérations, jointes au texte même de l'avis du conseil d'État, me porteraient à penser que la seule attestation du père, et surtout celle de la mère, ne devrait pas suffire. Il pourrait seulement y avoir lieu, suivant les cas, de considérer comme présumé absent la mère ou

même le père et d'observer les formalités alors nécessaires, et il paraîtrait naturel d'appliquer, par analogie, l'article 155, et de présenter au tribunal un acte de notoriété dressé conformément à cet article (*voy.* notre *Traité des Absents*, n° 314).

41. — Quant à l'impossibilité par suite de laquelle l'un des deux, le père ou la mère, serait hors d'état de manifester sa volonté, la loi n'en déterminant pas les caractères, c'est là seulement une question de fait et d'appréciation. En théorie, la règle qu'on peut poser, c'est qu'il faut que cette impossibilité soit réelle et bien constatée.

Ainsi le jugement qui aurait déclaré l'absence du père ou de la mère, et même celui qui aurait ordonné l'enquête, prouvera suffisamment cette impossibilité. Tel est le sentiment de Pothier, qui toutefois exige que le père ou la mère soit *absent de longue absence*, et qu'il y ait eu *information faite* sur ce point (n° 329); d'où il résulterait que la simple présomption d'absence ne constituerait pas l'impossibilité requise par l'article 149. Mais j'ai déjà exprimé les motifs qui m'ont fait préférer l'opinion contraire (*voy.* notre *Traité précité des Absents*, n° 314).

42. — Mais, bien entendu, il faut que le père ou la mère soit au moins en état de présomption d'absence; le simple éloignement, son séjour même dans un pays étranger pourrait sans doute occasionner des retards préjudiciables; mais, d'une part, l'*impossibilité* d'obtenir son consentement n'existerait pas alors; et, d'autre part, s'il est vrai que, dans certaines circonstances, un projet de mariage avantageux pourrait être compromis par la nécessité de ces lenteurs, il ne faut pas oublier non plus que ce consentement est exigé surtout dans l'intérêt de l'enfant, et qu'il peut souvent l'empêcher aussi de contracter un mariage déraisonnable (Cass., 16 avril 1817, Summaripa C. Gaudin, Sirey, 1817, I, 232; Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Empêchements*, § 5, p. 560; Pothier, n° 238).

Toutefois, si les communications étaient interrompues,

soit par la guerre, soit autrement (circulaire du ministre de la justice, du 11 messidor, an VII), si enfin il y avait, en fait, impossibilité de se procurer le consentement de l'ascendant, lors même que son existence ne serait pas incertaine, je crois qu'il appartiendrait aux magistrats d'apprécier les circonstances, la durée plus ou moins probable de cette impossibilité, comme aussi la nécessité plus ou moins urgente de la célébration du mariage, et d'autoriser, s'il y avait lieu, à le célébrer, même avec le seul consentement de l'ascendant présent (L. 12, § 3, ff. *de Captivis;* L. 9, § 1, ff. *de Rit. nupt.*). Encore une fois, le texte exige seulement qu'il y ait impossibilité; il remet donc aux tribunaux le soin de l'apprécier et de la reconnaître (*voy.* aussi Pothier, n° 330).

43. — La représentation du jugement qui aurait prononcé l'interdiction du père ou de la mère pour cause de démence, d'imbécillité ou de fureur, prouverait sans aucun doute l'impossibilité d'obtenir son consentement (L. 9, *princ.*, ff *de Rit. nupt.*).

Je pense qu'il en serait de même du certificat constatant son admission dans un établissement public ou privé d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838 (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 265, note 28).

Mais que décider, si le père ou la mère qui ne serait ni interdit ni placé dans une maison d'aliénés, se trouvait néanmoins, par suite de l'altération de ses facultés intellectuelles, hors d'état de manifester sa volonté? Cette situation est difficile et délicate. L'autre ascendant, en effet, ni personne dans la famille, ni même l'officier de l'état civil, ne saurait, de sa seule autorité, se constituer juge à cet égard; et il y aurait là d'ailleurs par trop d'abus possibles, puisqu'il serait à craindre qu'on ne représentât comme dépourvu de raison l'ascendant le plus sensé peut-être, qui s'opposerait au mariage. Que faire donc?... recourir au moyen de l'interdiction ou du placement dans une maison d'aliénés? Il le faudra bien,

dit-on, pour obtenir la preuve authentique de cette impossibilité qu'on allègue (Delvincourt, t. I, p. 291, note 5; Toullier, t. I, n° 543; Duranton, t. II, n° 85; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sec. I, art. 4, n° 14); et la loi du 20 septembre 1792, tit. IV, sect. I (art. 5 et 6) exigeait en effet positivement que le père fût *mort* ou *interdit* pour que le consentement de la mère fût suffisant. — Mais qui ne voit tout ce que l'emploi de ces mesures pourrait avoir souvent, en pareil cas, de fâcheux et de regrettable. Ne sait-on pas le soin avec lequel les familles, les meilleures même et les plus unies, cachent ces infirmités dans le secret du foyer domestique? Faudra-t-il précisément à l'occasion du mariage d'un enfant, les révéler au public, et employer contre le père ou la mère une mesure d'une dureté extrême, si l'affaiblissement de ses facultés, qui ne résulte peut-être que de son âge, comme cela arrive souvent, ne le porte d'ailleurs à aucun acte dommageable? Est-il bien sûr que les retards qui vont en résulter, l'éclat surtout et le scandale ne feront pas manquer le mariage? Et puis enfin, ne serait-il pas possible que l'infirmité intellectuelle de l'ascendant ne fût pas habituelle (art. 489), ou que, par tout autre motif, elle ne fût pas de nature à motiver son interdiction? — En cet état, produirez-vous son consentement tel quel? Mais ce moyen, à son tour, manquerait de dignité et de bonne foi; il tromperait le vœu du législateur, qui exige un consentement véritable, une volonté intelligente et éclairée; et le mariage, ainsi contracté, ne serait point à l'abri d'une action en nullité (art. 182). — Mais, encore une fois, direz-vous, comment faire? s'adresser au tribunal, qui pourra, sans prononcer l'interdiction, ordonner qu'il sera passé outre à la célébration du mariage avec le seul consentement de l'autre ascendant. Le mieux serait, en cas de refus par l'officier de l'état civil, de célébrer le mariage, de l'assigner pour obtenir jugement contre lui; et s'il n'élevait pas lui-même la difficulté, je pense qu'il

serait, dans tous les cas, prudent de faire constater cette impossibilité par le tribunal, qu'on saisirait alors au moyen d'une requête, ainsi que cela se pratique dans plusieurs autres hypothèses (arg. des articles 112 C. Nap., 859, 861, 890, 997, etc., procéd.). Le tribunal emploierait, pour apprécier l'état mental de l'ascendant, telle ou telle mesure d'instruction suivant les circonstances, soit un acte de notoriété (arg. de l'article 155), soit même la comparution en personne, le moyen assurément le plus péremptoire, si d'ailleurs il ne présentait pas, en fait, d'inconvénients (Poitiers, 11 mars 1830, Choigneau, C. Desguibertières, D., 1830, II, 178).

44. — Le mort civilement ne pouvait pas consentir au mariage de ses enfants (t. I, n° 208); mais c'était là une application de l'article 25 bien plutôt que de l'article 149; c'était alors une déchéance légale de l'exercice de la puissance paternelle, et non point l'impossibilité de manifester sa volonté.

Il en était de même de l'individu condamné par contumace à une peine emportant mort civile, pendant le délai de grâce des cinq ans qui suivaient l'exécution par effigie. — Toullier enseignait toutefois (t. I, n° 543) que cet individu n'étant pas encore mort civilement (art. 27), il fallait obtenir son consentement ou constater son absence. — Il n'était pas encore mort civilement, sans doute; mais il était déjà privé de l'exercice des droits civils (art. 28; *voy.* notre tome I, n°s 223, 224; Pothier, n° 331).

De même de l'individu en état d'interdiction légale, aux termes de l'article 29 du Code pénal. La loi n'ayant pas défini le caractère ni précisé les effets de cette interdiction toute spéciale (t. I, n°s 192, 193), c'est par ces motifs essentiels qu'il convient de les déterminer. Or, il me semble qu'elle a dû nécessairement suspendre, dans la personne du condamné qui est sous le poids d'une peine afflictive et infamante (art. 7 et 29 C. pén.), l'exer-

cice de cette espèce de magistrature domestique (arg. de l'article 221 C. Nap.).

Quant au bannissement (art. 8 C. pén.), l'article 29 du Code pénal ne s'y applique pas. En principe donc, l'enfant doit représenter le consentement de son père ou de sa mère *bannis*, sauf à recourir, dans le cas où le lieu de sa retraite serait inconnu, aux moyens que nous avons indiqués pour le cas de présomption d'absence (*supra*, n° 41; Duranton, t. II, n° 82; Vazeille, t. I, n° 125).

45. — « Le consentement de l'autre suffit, » dit l'article 149. — De l'autre.... quel qu'il soit, de la mère donc aussi bien que du père; — de l'autre, remarié ou non remarié, tuteur ou non tuteur de l'enfant du mariage duquel il s'agit (art. 394, 395, 442-444).

Delvincourt enseigne toutefois (t. I, p. 55, note 6) que la mère remariée ne peut pas consentir au mariage de ses enfants du premier lit, surtout si elle n'a pas été maintenue dans la tutelle (art. 395, 396) : la mère non tutrice ne pourrait autoriser la disposition de l'objet le plus modique appartenant à ses enfants; or, d'après l'article 1398, le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions et donations dont le contrat de mariage est susceptible, pourvu qu'il soit assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage; donc, on ne pourrait pas, sans une contradiction manifeste, accorder à la mère le pouvoir d'autoriser ses enfants à disposer d'eux-mêmes, et par suite, de tous leurs biens. 2° Ne doit-on pas considérer d'ailleurs comme étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, cette mère remariée, désormais soumise à l'autorité d'un nouveau mari qui lui inspirera toujours, et quelquefois peut-être lui imposera ses volontés personnelles? 3° On avait proposé, dans le conseil d'État, d'ajouter qu'en cas de mort du père ou de la mère, le consentement du survivant suffirait, *quand même il aurait contracté un second mariage*. La suppression

de ces derniers mots atteste qu'on a reconnu, en effet, qu'un second mariage pourrait exercer, dans ce cas, quelque influence.

Ces motifs ne me paraissent nullement concluants : 1° Et d'abord le texte est absolu; « *le consentement de l'autre suffit....* » Voyez encore l'article 173 : « Le père, et à défaut du père, la *mère,* et à défaut des père et mère, les aïeuls et aïeules peuvent former opposition..., » et l'article 174 : « *à défaut d'aucun ascendant*, le frère ou la sœur.... » Partout les termes absolus de la loi résistent à la distinction qu'on voudrait y introduire. Il est vrai que, dans la discussion au conseil d'État, on s'est demandé si cette disposition ne devrait pas être modifiée pour le cas du second mariage de la mère et même aussi du père; mais ce qui prouve qu'on ne s'est point arrêté à cette idée, c'est qu'il n'en est finalement resté aucune trace dans notre article (Locré, *Légis.*, t. IV, p. 328, 329). Bonne ou mauvaise, telle est donc la loi; et on ne pourrait pas sans violer le texte même, priver, dans ce cas, la mère du droit qui lui appartient de consentir au mariage de son enfant. 2° L'argument tiré de l'article 1398 prouverait beaucoup trop! La mère tutrice et non remariée, le père lui-même, tuteur, ne pourrait pas non plus autoriser son enfant à consentir une donation, une aliénation quelconque (art. 450-457); or, il est incontestable néanmoins que l'enfant assisté par lui pourrait consentir toutes les donations dont le contrat de mariage est susceptible (art. 1398); donc, cette prétendue contradiction existe dans tous les cas, et le système contraire est obligé lui-même de la reconnaître. C'est qu'en effet l'article 1398 est une exception à toute la théorie, à tout le mécanisme ordinaire de la tutelle; tandis qu'en général, le mineur est représenté par son tuteur, auquel la loi confère ce mandat sous des conditions déterminées (art. 450 et suiv.), ici, au contraire, c'est le mineur lui-même qui est en scène et qui contracte (art. 1095-1309). Il est

majeur pour faire son propre contrat de mariage; seulement la loi, dont la protection ne devait pas certes l'abandonner dans une telle circonstance, la loi exige, pour la validité de ce contrat, le consentement et l'assistance de celui, tuteur ou non, qui devra consentir au mariage lui-même (*supra*, nos 7, 8); et c'est là d'ailleurs un attribut de la puissance paternelle, bien plutôt que de la tutelle (Pothier, nº 335). 3° On doit d'autant plus le décider ainsi, que la loi a déterminé, dans plusieurs articles, les effets que devrait produire, à l'égard des enfants d'un précédent mariage, le convol de leur père (art. 380), ou de leur mère (art. 381-386, 394-396, 399-400), et qu'elle n'aurait pas manqué sans doute, si elle avait voulu leur enlever aussi le droit dont il s'agit, de s'en expliquer formellement. — La sagesse, la prévoyance exigeaient-elles quelques garanties dans ce cas? J'en conviendrai moi-même, j'aurais très-bien compris que le consentement de la mère remariée et non maintenue dans la tutelle ne parût pas seul suffisant; peut-être aurait-on pu désirer que le conseil de famille fût chargé d'approuver ce consentement, comme dans le cas de l'article 400. Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon ne l'a pas exigé, par le motif sans doute que le plus ordinairement l'intérêt du nouvel époux n'est pas, dans ce cas, contraire à celui des enfants du premier lit (Bastia, 3 février 1836, Franceschini, Dev., 1836, II, 247; Duranton, t. II, nº 90; Zachariæ, t. III, p. 265).

46. — « Si le père et la mère sont morts ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul.

« S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement. » (Art. 150.)

Comment se fera la preuve du décès des père et mère? soit par la représentation de l'acte de décès, soit par l'at-

testation des aïeuls et des aïeules, sans qu'il soit nécessaire de produire un acte de notoriété rédigé dans la forme prescrite par l'article 71 (avis du conseil d'État du 4 messidor an XIII). J'ai dit aussi (nos 41-44) dans quels cas existait pour eux l'impossibilité de manifester leur volonté.

Il résulte de l'article 150 que les aïeuls et aïeules, dans chacune des deux lignes paternelle et maternelle, représentent, à cet effet, les père et mère. En conséquence : 1° l'aïeul et l'aïeule doivent être tous deux consultés dans chaque ligne (*supra*, n° 38); 2° en cas de dissentiment, la volonté de l'aïeul l'emporte sur celle de l'aïeule, soit qu'il consente, soit qu'il refuse (comp. art. 148 à 150); 3° si l'aïeule est seule dans sa ligne, son consentement suffit pour cette ligne (comp. art 149 et 150).

Si donc, il n'y a d'aïeul et d'aïeule que dans une seule ligne, le consentement de l'aïeul suffira, comme le consentement du père aurait suffi.

Si au contraire, il y a des aïeuls ou aïeules dans chacune des lignes, il pourra se faire que le consentement d'un seul, par exemple, de l'aïeule maternelle, l'emporte sur le refus de l'aïeul et de l'aïeule paternels, puisque l'aïeule maternelle représente à elle seule sa ligne, et que le partage entre les deux lignes emporte consentement (Poitiers, 8 juillet 1830, Chappart, D., 1830, II, 263).

47. — Le pouvoir conféré aux ascendants de consentir au mariage de leurs petits-enfants, ne saurait être expliqué par les principes ordinaires ni de la puissance paternelle ni de la tutelle; car, d'une part, la puissance paternelle proprement dite, avec ses attributs juridiques et positifs, n'appartient qu'au père et à la mère (art. 372-387), et ne passe point, après eux, aux ascendants du degré supérieur; d'autre part, la tutelle légitime des ascendants est soumise à des règles toutes différentes de celles d'après lesquelles la loi les appelle ici

à consentir au mariage de leurs descendants. C'est ainsi qu'en matière de tutelle, l'ascendant d'un degré plus proche dans une ligne est préféré à l'ascendant d'un degré plus éloigné dans l'autre ligne; tandis que, pour le mariage, les deux lignes votent avec un droit égal, quelle que soit l'inégalité des degrés des ascendants qui représentent l'une et l'autre. C'est ainsi que l'ascendant mâle est seul tuteur légitime; tandis que tous les ascendants, sans distinction de sexe, sont appelés à consentir au mariage. C'est ainsi enfin, que la loi préfère, en matière de tutelle, la ligne paternelle à la ligne maternelle; tandis que, pour consentir au mariage, le partage emportant consentement, l'une des lignes n'a dès lors aucune prééminence sur l'autre (comp. art. 150 et 402-404). Ajoutez aussi que, comme tuteur et en cette seule qualité, l'aïeul n'aurait certes pas eu le pouvoir de consentir au mariage de son enfant (art. 160).

Sur quels motifs est donc fondée cette disposition spéciale de l'article 150?

C'est qu'on a pensé: 1° que dans l'intérêt des petits-enfants, l'affection et l'expérience des aïeuls et aïeules offraient une garantie suffisante (*voy.* encore l'article 935); 2° que, dans l'intérêt de la famille, les raisons qui avaient fait exiger le consentement des père et mère, devaient presque avec une égale force, faire exiger celui des aïeuls et aïeules; car l'obligation réciproque de se fournir des aliments en cas de besoin (art. 205-207), la charge de la tutelle légitime (art. 402-404), les droits de successibilité et de réserve (art. 745, 913, 914), ces effets importants du mariage des enfants sont communs aux aïeuls et aïeules aussi bien qu'aux père et mère. Ces motifs vont, je crois, rendre facile la solution de deux questions qui s'élèvent ici :

48. — 1° Si, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, les bisaïeuls et bisaïeules et autres ascendants d'un degré supérieur les remplacent?

2° Si, dans le cas où il y aurait dans une ligne un aïeul, et dans l'autre ligne un bisaïeul, il suffirait d'obtenir le consentement de l'aïeul?

Sur le premier point, je n'hésite pas à répondre que les bisaïeuls et bisaïeules et tous les ascendants quelconques sont compris dans l'article 150. Le mot *aïeul* est générique et s'applique à tous les ascendants; les bisaïeuls sont donc, en ce sens, des aïeuls, ils le sont deux fois au lieu d'une, voilà tout (*bis*-aïeuls). Le rapprochement des articles 173 et 174 prouve bien qu'en effet la loi l'a ainsi entendu, puisque ce n'est *qu'à défaut d'aucun ascendant* que les collatéraux peuvent former opposition; et l'article 278 de l'ancien titre *du Divorce* en fournirait encore au besoin une autre preuve. Enfin, les mêmes motifs existent pour les uns comme pour les autres (art. 205, 207, 402, 404, 913, 914). Le grand âge des bisaïeuls peut ne plus offrir les mêmes garanties de prévoyance et de fermeté, il est vrai; mais la loi évidemment ne s'est pas arrêtée devant cette objection, qui d'ailleurs n'est pas absolue et se trouve souvent démentie par les faits (Duranton, t. II, n° 98; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 66; Massé et Vergé, t. I, p. 209; Vazeille, t. I, n° 127).

49. — Quant au second point, M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 397, note *a*) enseigne que « s'il y avait des aïeuls dans une ligne et des bisaïeuls dans l'autre, on devrait seulement consulter les aïeuls, et ainsi de suite, de manière à suivre toujours l'ordre de proximité des degrés; nous voyons dans les articles 402 et suivants, que la loi défère la tutelle aux aïeuls avant de la déférer aux bisaïeuls; on peut argumenter par voie d'analogie de ces dispositions. » (Ajout. Aubry et Rau, *loc. supra cit.*; Demante, t. II, n° 211 *bis*, II.)

Mais je viens de constater (*supra*, n° 47) que la théorie de la loi est au contraire, pour les deux cas, très-différente; et il me semble, en effet, que lorsqu'il s'agit

d'un mariage du petit-enfant, les deux lignes doivent toujours être consultées; l'article 150 les appelle toutes les deux, sans distinguer si elles sont représentées par des ascendants de degrés égaux ou inégaux; les mêmes motifs d'ailleurs s'appliquent au bisaïeul d'une ligne aussi bien qu'à l'aïeul de l'autre ligne. Enfin, cette solution facilite de plus en plus le mariage, puisque le partage entre les deux lignes emporterait consentement (comp. Ducaurroy, Bonnier, et Roustaing, t. I, n° 250).

50. — Qu'arriverait-il, si une seule et même ligne était tout à la fois représentée par des ascendants paternels et maternels, comme si par exemple l'enfant avait encore le père du père de *son père* et le père de la mère de *son père?* Cette hypothèse a été prévue par la loi en matière de tutelle (art. 403, 404), quoiqu'elle doive y être assez rare; mais elle ne se réalisera presque jamais, il faut bien le dire, sur la question qui nous occupe; car si les petits-enfants peuvent être en tutelle dès le moment de leur naissance, ils ne peuvent au contraire se marier au plus tôt qu'à l'âge de quinze ans pour les filles, de dix-huit ans pour les garçons, et par conséquent à un âge où leurs ascendants du second et surtout du troisième degré ont presque toujours cessé d'exister. Quoi qu'il en soit, si cette hypothèse se présentait, mon avis est qu'il n'y aurait pas lieu non plus d'appliquer ici les articles 403 et 404, et d'accorder aucune préférence à *l'aïeul paternel du père* de l'enfant. Je pense, avec Marcadé (t. II, art. 150, n° 3), que l'on devrait procéder à l'égard de cette ligne subdivisée comme à l'égard des deux lignes principales, c'est-à-dire 1° que dans chacune de ces lignes, la volonté de l'aïeul l'emporterait sur celle de l'aïeule; 2° que ces deux lignes devraient être consultées, et que le partage entre elles emporterait consentement. Le résultat de cette opération représenterait le vote unique de cette ligne ainsi subdivisée. Cette conclu-

sion me paraît conforme à la pensée essentielle de l'article 150.

51. — Tel est l'ordre dans lequel les ascendants doivent être consultés, ordre hiérarchique qu'il faut exactement observer (art. 148, 150, 173, 182). Ce n'est qu'autant que celui ou ceux qui doivent d'abord consentir, *soient morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté,* qu'il y a lieu de s'adresser à celui ou à ceux qui viennent ensuite. La volonté, quelle qu'elle soit, consentement ou refus, exprimée par celui ou par ceux qui ont qualité à cet effet, cette volonté est absolue et souveraine. On ne peut en appeler auprès de qui que ce soit.

Ce n'est pas un jugement dont l'ascendant ait besoin de donner les motifs; c'est un acte d'autorité domestique et de puissance paternelle. Telle est la conséquence des textes mêmes qui exigent le *consentement* de tel ou tel ascendant, son consentement tout à fait libre, son consentement à lui et non pas le consentement d'un autre! Il faut donc rejeter, sans aucune hésitation, les doutes que Pothier exprimait à cet égard et même les décisions contraires qu'il invoque (n° 332). Le cas où un ascendant refuserait de consentir à un mariage avantageux pour l'enfant, ou consentirait au contraire à un mariage mal assorti, ce cas est possible sans doute, mais il n'est pas fréquent; existe-t-il d'ailleurs une autorité toujours infaillible? — Le danger le plus grand pouvait venir de ce que le père ou la mère, afin de conserver la jouissance légale des biens de leur enfant, auraient été portés à refuser de consentir à un mariage qui mettrait fin à cette jouissance (comp. art. 384 et 476); mais la loi y a pourvu précisément en décidant que la jouissance légale cesserait, dans tous les cas, dès avant la majorité des enfants, et lorsqu'ils auraient dix-huit ans, c'est-à-dire à l'âge avant lequel les fils ne peuvent pas se marier légalement, avant lequel la plupart des filles elles-mêmes ne se marient guère (*infra*, n° 86).

52. — Comment les ascendants doivent-ils consentir ?

Quant au fond, cette manifestation de volonté est, comme toute autre, soumise aux principes généraux du droit; elle doit donc être exempte des vices qui seraient de nature à l'altérer (art. 1109 et suiv.).

On a jugé (Toulouse 29 juillet 1827, Saux C. Clochard, D., 1829, II, 40) que le consentement donné par les père et mère aux conventions matrimoniales de leur enfant, ne pouvait pas être considéré comme un consentement suffisant pour la célébration du mariage.

Je ne voudrais pas ériger cette décision en principe ; et j'aime mieux me borner à dire que ce sera là une question de fait. Il faut croire que les circonstances dans lesquelles l'arrêt précité a été rendu, faisaient bien vivement désirer aux magistrats de pouvoir prononcer la nullité du mariage, puisqu'ils ont en même temps décidé que le défaut de consentement des père et mère au mariage de leur enfant, ayant atteint la majorité de vingt et un et de vingt-cinq ans, fixée par l'article 148, entraîne la nullité du mariage, s'il n'a pas été fait d'acte respectueux; or, pour cette dernière proposition, elle est très-certainement inadmissible ! (*Infra*, n° 270.)

53. — Faut-il que le consentement donné par l'ascendant s'applique à un mariage déterminé avec une personne certaine et individuellement désignée?

Pour soutenir que cette condition n'est pas nécessaire et que l'ascendant peut consentir d'une manière indéfinie, on raisonne ainsi :

Il ne faut point ajouter, dans la loi, des prescriptions qu'elle n'exige pas ; or, l'article 73 fait tout exprès pour déclarer ce que devra contenir l'acte portant consentement au mariage d'un enfant, ne fait aucune mention du nom de la personne de son futur époux ; donc, cette mention ne peut pas être exigée. — Objectera-t-on que

ce serait là, de la part de l'ascendant, une renonciation impossible aux attributs inaliénables de la puissance paternelle (art. 6, 1388) et que l'enfant se trouverait livré à lui-même et privé de la protection éclairée que la loi voulait lui assurer? — Mais d'abord c'est un cercle vicieux que de dire qu'un tel consentement constituerait, au mépris de la loi, une renonciation à la puissance paternelle, puisque précisément il s'agit de savoir si le vœu de la loi n'est pas ainsi suffisamment satisfait; et quant aux dangers qu'on signale, il faut remarquer qu'ils ne sont pas sérieux, puisque l'ascendant apprendra toujours, ne fût-ce que par les publications (art. 63, 168) le nom de la personne avec laquelle son enfant se propose de contracter mariage, et qu'il pourra, si ce choix ne lui convient pas, révoquer son consentement et former, à cet effet, opposition. — Cette doctrine n'a donc pas d'inconvénients; et elle peut au contraire présenter, dans certains cas, de précieux avantages. C'est par exemple un fils de famille qui va s'établir dans un pays lointain, où il pourra peut-être trouver l'occasion d'un établissement avantageux; son père, appréciant son discernement et sa prudence, lui donne à l'avance son consentement, afin d'éviter les obstacles qui pourraient retarder et même faire manquer le mariage, s'il fallait ensuite se procurer de si loin ce consentement. — La loi d'ailleurs ne défendant pas aux notaires qui reçoivent l'acte portant consentement, de laisser en blanc le nom du futur conjoint, rien ne serait plus facile que de l'y ajouter après coup; et cette absence de toute sanction prouve de plus en plus que la loi n'a pas voulu, en effet, l'exiger (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 96, 97).

Telle est à peu près aussi l'opinion de Coin-Delisle (art. 73, nº 4), qui pense « que si la procuration ou le consentement doit ordinairement désigner la personne que l'enfant veut épouser, la loi, par son silence sur ce

point, s'en est rapportée à la prudence de l'officier de l'état civil pour apprécier si cette désignation n'avait pas été possible. » (Ajout. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. 1, n° 283.)

Il me semble au contraire que l'ascendant qui donne un tel consentement, ne remplit, sous aucun rapport, la mission que la loi lui a confiée. Que veut la loi? que l'expérience du père profite à l'enfant; qu'elle l'éclaire, qu'elle le dirige, qu'elle puisse le préserver à temps d'un engagement malheureux et irréparable! Or, il est évident que cette mission ne peut être remplie par le père qu'autant qu'il connaît la personne avec laquelle son enfant se propose de se marier; donc, le père trompe le vœu de la loi, lorsqu'il dit à son enfant : Va te marier avec qui tu voudras! — Ce n'est pas là exercer la puissance paternelle, c'est la résigner, c'est l'abdiquer, au grand détriment de l'enfant, de la famille et de la société elle-même! Les rares hypothèses dans lesquelles le consentement donné d'avance présenterait quelques avantages, ces hypothèses ne sauraient détruire le principe. Qui sait d'ailleurs si cette liberté ne sera pas funeste à l'enfant, que son ascendant aura ainsi autorisé à se marier en pays étranger, sans son consentement! Oui, sans son consentement, je le répète; car c'est là la vérité du fait. Vous craignez les retards, les lenteurs? mais ne faudra-t-il donc pas toujours, et même surtout dans ce cas (art. 170), des publications en France? Pourquoi donc ne profiterait-on pas de ce délai inévitable pour obtenir aussi le consentement de l'ascendant? — Les publications, dit-on encore, lui apprendront le nom du futur époux de son enfant; et il pourra, s'il le veut, former opposition au mariage. — Voilà une concession dont je m'empare; vous reconnaissez donc qu'il est indispensable que l'ascendant connaisse le nom du futur époux et que son consentement s'applique à un mariage avec une personne désignée? Or, ce consentement ne résulte pas

de l'absence d'opposition au mariage; il faut qu'il soit explicite et formel. — Mais enfin le texte de l'article 73 n'exige pas la mention du nom du futur époux! — Il l'exige, parce qu'il n'y a point véritablement sans cela de consentement à un mariage; parce qu'il ne s'agit pas ici d'un consentement *in abstracto*, d'un consentement *en l'air*, qui ne serait en réalité autre chose que l'abdication du droit de consentir! Il s'agit de consentir à un mariage projeté, *à un mariage qui va se faire*.

Je termine par cet argument qui me paraît décisif : c'est au moment même de la célébration du mariage que le consentement de l'ascendant est requis (*infra*, n° 56). Régulièrement, rigoureusement, c'est à ce moment-là seul que le consentement doit être donné; or, à ce moment-là, apparemment, l'ascendant connaît le futur époux de son enfant; donc, il est dans la nécessité même des choses que ce consentement s'applique à un mariage déterminé avec une personne connue. A la vérité l'ascendant qui, par un motif quelconque, pour cause d'éloignement, de maladie ou de mauvais vouloir, ne pourra pas, ne voudra pas assister à la célébration, cet ascendant aura la faculté de donner d'avance son consentement par un acte séparé (art. 73); mais il est clair que ce consentement qui remplace celui qui serait donné en personne devant l'officier de l'état civil, doit réunir absolument les mêmes conditions (Vazeille t. I, n° 116; Duranton, t. II, n° 91; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. I, art. 4, n° 17; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 176, Chardon, *de la Puissance patern.*, n° 204; Demante, t. I, n° 236 *bis*).

M. Richelot (t. I, p. 243, note 7) invoque aussi avec raison les articles 223 et 1538, d'après lesquels l'autorisation donnée par le mari à la femme doit être, sous peine de nullité, spéciale et consentie en connaissance de cause ; or, il n'est pas croyable que la loi ait été moins prévoyante, lorsqu'il s'agit du mariage des enfants (*voy.*

encore en ce sens une lettre du ministre de la justice du 27 avril 1807, citée par M. Hutteau d'Origny, tit. VII, chap I, § 3, n° 19).

De là je conclus que le notaire ne doit pas laisser en blanc le nom du futur époux, puisque ce nom est une des conditions essentielles de l'acte qu'il reçoit, et que d'ailleurs, en règle générale, les actes notariés doivent être écrits *sans blanc, lacune ni intervalle*, sous peine d'amende (art. 13 de la loi du 25 ventôse an XI).

Je pense même que si ce nom paraissait avoir été ajouté après coup, l'officier de l'état civil serait fondé à refuser de célébrer le mariage, jusqu'à ce qu'il lui eût été justifié, d'une manière plus régulière et plus certaine, du consentement de l'ascendant.

Duranton est, toutefois, sur ce dernier point, d'un sentiment contraire; et cet auteur ajoute que, si le mariage d'un enfant avait été célébré en vertu d'un acte portant consentement de l'ascendant, sans la désignation du futur époux, il serait bien difficile *de fonder l'action en nullité du mariage sur une disposition du Code civil* (t. II, nos 91, 92). Je la fonderais, sans hésiter, sur les articles 148-150 et 182 : le consentement de l'ascendant est exigé à peine de nullité; or, Duranton lui-même reconnaît que l'ascendant qui n'a donné qu'un consentement en blanc, n'a pas, en réalité, consenti ; donc, l'article 182 serait applicable. Je sais bien aussi avec quelles répugnances les magistrats accueillent les actions en nullité de mariage ; et je ne nie pas qu'il pourra souvent arriver, en pareil cas, que le mariage, une fois célébré, soit maintenu. — A la bonne heure ! mais en théorie il ne faut pas nous désarmer, en concédant que l'action en nullité ne serait alors fondée sur aucun texte.

54. — De ce qui précède, je conclus également que l'ascendant pourrait encore moins donner à un tiers, quel qu'il fût, même à un ascendant d'un degré supé-

rieur (*supra*, n° 51), le mandat vague et général de consentir au mariage de son enfant. Un tel mandat doit être spécial (arg. *a fortiori* de l'article 1988) et désigner nominativement la personne avec laquelle le mariage devrait avoir lieu. Telle est la décision formelle de la loi 34 au Digeste *de Ritu nuptiarum*. C'est à lui-même, en effet, à lui seul et non point à d'autres, que la loi confère le droit tout personnel de consentir au mariage; il ne saurait donc le déléguer.

55. — Quant à la forme, il n'est pas besoin d'acte particulier, lorsque les ascendants assistent à la célébration du mariage (art. 76-4°, et 156); dans le cas contraire, la loi exige que leur consentement soit donné dans la forme authentique (art. 73). Un simple acte sous seing privé ne suffirait donc pas.

La Cour de Pau a jugé toutefois que le consentement des père et mère peut n'être même que tacite et qu'il peut résulter des circonstances propres à faire connaître l'intention du père de famille (24 mai 1859, B...., Dev., 1859, II, 519).

Mais il faut remarquer que, dans l'espèce sur laquelle cet arrêt a statué, le mariage était célébré, et qu'il s'agissait de prononcer sur une demande en nullité.

Aussi, croyons-nous toujours que, en admettant même (ce que nous sommes, en effet, très-porté à admettre aussi) que la nullité du mariage une fois célébré ne dût pas être prononcée pour défaut de consentement des père et mère, s'il résultait des circonstances la preuve que les père et mère ont consenti, on ne pourrait pas du moins forcer l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage, si on ne lui remettait pas un acte authentique portant le consentement des père et mère (comp. Rieff, *des Actes de l'état civil*, n° 208; Marcadé, art. 73; Demante, t. I, n° 236).

Il n'est pas d'ailleurs nécessaire qu'il reste minute de l'acte authentique portant consentement; la preuve en

sera suffisamment conservée par sa relation dans l'acte même de mariage.

56. — A quelle époque, à quel moment les ascendants doivent-ils consentir?

C'est au moment de la célébration du mariage. En effet la loi exige leur consentement, non pas à un projet de mariage, mais au mariage lui-même ; or, le mariage ne se forme qu'au moment de la célébration et par la célébration même ; donc, c'est à ce moment aussi qu'ils doivent consentir (art. 76 4°, et 156) ; donc, si leur consentement a été exprimé d'avance, et par un acte spécial (art. 73), il est nécessaire qu'il existe encore et qu'il persévère jusqu'au moment de la célébration.

De là il résulte : 1° que les ascendants peuvent le révoquer jusqu'à ce moment ; 2° que si l'ascendant dont le consentement était nécessaire, et qui a, en effet, consenti au mariage projeté, vient à décéder ou à se trouver, avant la célébration, dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'enfant doit obtenir le consentement de ceux que la loi appelle ensuite à son défaut. Il est possible, en effet, que la découverte de circonstances ignorées d'abord, ou de circonstances nouvelles et survenues depuis, change tout à fait la situation, rende ce mariage très-inconvenant, et détermine par conséquent l'ascendant à refuser aujourd'hui le consentement qui avait été d'abord accordé. L'avis contraire, exprimé par Delvincourt (t. I, p. 55, note 4), ne me semble donc conforme ni à la logique ni à l'intérêt des enfants (Zachariæ, t. III, p. 267 ; Vazeille, t. I, n° 121).

57. — Supposez pourtant cette espèce : L'ascendant avait d'abord consenti par acte authentique ; mais, avant la célébration du mariage, il révoque son consentement, ou bien encore il décède, et son enfant se marie sans obtenir le consentement, soit d'un autre ascendant, soit du conseil de famille. Le mariage pourra-t-il être déclaré nul ?

Si la révocation du consentement s'est manifestée, comme il le faut, par une opposition au mariage, il n'est pas douteux que l'article 182 sera applicable. Si, au contraire, l'ascendant s'est borné à révoquer son consentement par acte notarié, et à notifier cette révocation seulement à son enfant, il me semble que le mariage célébré en vertu de l'acte authentique portant consentement, et dans l'ignorance où était l'autre futur époux de la révocation de cet acte, que ce mariage, dis-je, devrait être, en général, maintenu. La révocation ignorée est comme si elle n'existait pas : *Idem est non esse et non apparere.* Les règles de la bonne foi l'exigent ainsi (arg. des articles 1321 et 2209).

58. — En cas de décès de l'ascendant qui avait d'abord consenti, ou de toute autre impossibilité à lui survenue, avant la célébration, de manifester sa volonté, la conséquence logique des principes que je viens de poser, serait que le mariage est entaché de nullité (art. 182).

Cette conséquence, toutefois, serait souvent très-rigoureuse et quelquefois même déplorable : aussi a-t-on proposé plusieurs moyens pour y échapper.

Le consentement de l'ascendant, une fois exprimé, est réputé, a-t-on dit, durer toujours, s'il ne l'a pas rétracté avant sa mort ; il ne s'agit pas ici d'une convention ni d'un concours de volontés, comme dans le cas d'une donation entre-vifs (art. 932) ; c'est une manifestation de volonté purement unilatérale, qui, une fois faite, peut légalement survivre à l'ascendant (Delvincourt, *loc. supra cit.*). C'est d'ailleurs à la personne à laquelle le droit de consentir a été transmis par le décès de l'ascendant plus proche, c'est à cette personne qu'il appartient de retirer le consentement donné par cet ascendant, si elle le croit nécessaire ; « son silence serait regardé comme une confirmation de ce consentement ; ce serait alors vraiment le cas de dire que le consentement obtenu

subsiste toujours, puisque personne ne vient le retirer...» (Marcadé, t. II, art. 149, n° 5 ; Duranton, t. II, n° 95).

Mais il est facile de voir que ces moyens ne reposent pas sur une base logique. Le consentement doit-il exister au moment même de la célébration du mariage ? Oui. — L'ascendant décédé ou en démence a-t-il encore une volonté quelconque, peut-il consentir en ce moment même et actuellement? Non; car son consentement n'existe plus et sa volonté est morte avec lui ou s'est éteinte avec son intelligence ; donc, il faut le consentement de la personne qui lui succède, son consentement non pas tacite, mais exprès ; il faut enfin, non pas son silence, mais son approbation formelle, comme dans tous les autres cas. Aussi MM. Aubry et Rau professent-ils qu'il y aurait là une cause de nullité (Zachariæ, t. III, p. 267, note 38). J'adopte également cette conclusion en droit; il arrivera souvent qu'en fait l'action en nullité succombera, j'en conviens ; mais s'il est vrai que l'extrême faveur des circonstances peut, surtout en matière de mariage, déterminer certaines solutions judiciaires, il ne faut jamais que la théorie fasse l'abandon des principes. Ne serait-il pas d'ailleurs possible que, même dans ces hypothèses, il fût quelquefois très-désirable de faire triompher l'action en nullité?

Il est un cas toutefois où le mariage serait certainement toujours maintenu : c'est celui où, au moment de la célébration, le décès de l'ascendant serait ignoré des futurs époux. Le jour, par exemple, où Paul se mariait à Paris, son père, qui avait donné son consentement à ce mariage, venait de mourir à Lyon. Un tel mariage serait déclaré valable; et je pense, en effet, qu'il devrait l'être par le motif que j'ai déjà exprimé (arg. de l'article 2209 ; Aubry et Rau, *loc. supra cit.*).

59. — Supposons maintenant que les enfants légitimes n'aient plus besoin du consentement de leurs ascendants pour se marier.

Est-ce à dire qu'ils sont désormais affranchis de toute espèce de devoirs envers eux dans une occasion aussi importante ? Il n'en pouvait pas être ainsi ; car l'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses ascendants (art. 371) ; car s'il ne convient plus d'enchaîner la liberté individuelle des enfants après un certain âge, il peut être du moins très-utile d'accorder aux ascendants le droit, non plus d'empêcher le mariage, mais d'en détourner les enfants par la voie des exhortations et des remontrances. Tel est le but des actes respectueux par lesquels les enfants sont tenus de demander *le conseil* de leurs ascendants, espèce de transaction qui maintient tout à la fois dans une salutaire mesure l'autorité paternelle et la capacité absolue désormais acquise à l'enfant. La nécessité de ces actes, consacrée depuis longtemps dans notre ancien droit, notamment par l'édit du mois de février 1556, par la déclaration du 26 novembre 1639, par un arrêt de règlement du 26 novembre 1692, par un édit du mois de novembre 1697 (Pothier, n° 337), avait été supprimée par la loi intermédiaire du 20 septembre 1792 (tit. IV, sect. I), conforme en ce point à la législation anglaise, qui n'exige en effet aucune condition de ce genre. Ce que je viens de dire prouve assez combien j'applaudis au rétablissement qu'en a fait notre Code Napoléon.

A. — Par quels enfants doivent être faits les actes respectueux ?

B. — A quels ascendants ?

C. — En quel nombre et à quels intervalles ?

D. — Comment et suivant quelles formes ?

E. — Dans quels cas enfin les actes respectueux peuvent-ils être déclarés nuls ?

A. — *Par quels enfants doivent être faits les actes respectueux ?*

60. — La réponse est très-simple : par le garçon, qui, s'il était mineur de vingt-cinq ans, et par la fille, qui, si elle était mineure de vingt et un ans, ne pourraient pas se marier sans le consentement de leurs ascendants (comp. art. 148 et 151, et *supra*, n° 37).

L'obligation de faire des actes respectueux, qui commence à vingt-cinq ou à vingt et un ans, suivant le sexe, ne cesse à aucune époque et se prolonge tant que l'enfant, quel que soit son âge, (art. 371) et lors même qu'il s'agirait de secondes noces, a encore un ou plusieurs ascendants. — L'âge de l'enfant n'a d'influence que sur le nombre des actes respectueux.

61. — Quant à l'enfant adopté, aucun texte ne lui impose l'obligation de demander, pour son mariage, soit le consentement, soit le conseil de l'adoptant. L'article 348 déclare au contraire qu'il *restera dans sa famille naturelle ;* et l'article 349, qui impose à l'adopté le devoir (réciproque d'ailleurs) de fournir des aliments à l'adoptant comme à ses père et mère naturels, cet article prouve que la loi n'a pas voulu étendre plus loin cette assimilation (Odilon Barrot, *Encyclop.*, v° *Adoption*, n° 79 ; Coffinières, *eod.*, v° *Act. respect.*, n° 18).

B. — *A quels ascendants les actes respectueux doivent-ils être notifiés ?*

62. — Même réponse que tout à l'heure (n° 60) : à tout ascendant qui, si l'enfant était mineur quant au mariage, serait appelé à y donner son consentement (art. 148-151), suivant l'ordre hiérarchique que nous avons exposé plus haut (n°s 38 et suiv.).

Au père donc et à la mère d'abord (art. 148 et 151), c'est-à-dire à chacun d'eux.

En conséquence, un seul acte notifié au père ne suffirait pas, lors même qu'il lui eût été adressé *tant pour lui que pour la mère*, et que le père eût répondu *tant en son propre nom qu'au nom de celle-ci* (Bruxelles, 5 mai 1808, Fruyt C. Fruyt, Sirey, 1809, II, 84; Caen, 12 déc. 1812, Bouquerel C. Bouquerel, Sirey, 1813, II, 157; Douai, 25 janv. 1815, Boidard, Sirey, 1816, II, 114; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 2; Coffinières, *Encyclop. du droit*, v° *Act. respect.*, § 2, n° 20).

La mère, en effet, doit être elle-même consultée personnellement; elle a ici un droit propre et distinct du droit du mari; et voilà pourquoi je pense également, malgré des autorités contraires (Bruxelles, 9 janv. 1824, Demunck, Sirey, 1825, II, 376; Coffinières, *Encyclop.*, n° 41), qu'une seule *copie* ne suffit pas, lors même que les père et mère demeurent ensemble; car l'un ne représente pas l'autre en cette occasion; et puisque chacun d'eux doit être personnellement et séparément consulté, il est logique que chacun d'eux doive en effet recevoir une notification personnelle et séparée (Poitiers, 2 mars 1826, Bruyers, D., 1825, II, 166; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. resp.*, § 3, quest. 3; Vazeille, t. I, n° 134; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 76; Massé et Vergé, t. I, p. 215).

Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'acte respectueux doit seulement être notifié à l'autre (art. 149-151); et si tous les deux sont également dans cette impossibilité, il doit être notifié aux aïeuls et aïeules de l'une et l'autre ligne, c'est-à-dire à chacun d'eux, ainsi que je viens de l'expliquer.

Remarquons toutefois que s'il se manifeste entre les ascendants un désaccord qui emporte consentement; si par exemple le père consent, tandis que la mère refuse (art. 149), ou s'il y a partage entre les deux lignes

(art. 150), l'enfant n'est pas tenu de faire notifier des actes respectueux à ceux dont le consentement ne lui est pas nécessaire pour se marier. Il suffit du moins alors, dans tous les cas, d'un seul acte respectueux, notifié à ceux qui refusent, afin d'établir qu'ils ont été consultés et de prouver leur dissentiment (*supra*, n° 38; Riom, 30 juin 1817, de Volongat, D., 1818, II, 14).

De même, si tous les ascendants ayant d'abord refusé leur consentement, l'un d'eux l'accorde ensuite, et si le mariage est dès lors possible avec ce seul consentement, il n'est pas besoin de renouveler des actes respectueux auprès des ascendants qui persistent dans leur refus; car ce n'est qu'à défaut de consentement qu'il y a lieu de recourir aux actes respectueux; or, nous supposons qu'il y a un consentement en vertu duquel le mariage est possible (art. 148-150; Chappart C. Quinment, D., 1830, II, 263).

63. — Aux termes de l'article 155: « En cas d'ab-« sence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte res-« pectueux, il sera passé outre à la célébration du « mariage, en représentant le jugement qui aurait été « rendu pour déclarer l'absence, ou à défaut de ce juge-« ment, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y « a point encore eu de jugement, un acte de notoriété « délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu « son dernier domicile connu; cet acte contiendra la « déclaration de quatre témoins appelés d'office par le « juge de paix. »

La loi n'exige pas que cet acte de notoriété soit homologué comme dans le cas des articles 70-72, où il s'agit de suppléer au défaut d'un acte plus essentiel encore (avis du conseil d'État, du 4 messidor an XIII), de l'acte de naissance des futurs époux; aussi faut-il, en outre, dans ce dernier cas, un plus grand nombre de témoins.

Il semblerait résulter de l'article 155, qu'*en cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respec-*

tueux, l'enfant ne devra pas faire cet acte à l'ascendant qui le remplace dans l'ordre hiérarchique, mais qu'*il sera passé outre à la célébration du mariage;* de telle sorte, par exemple, qu'en cas d'absence du père, il serait inutile d'adresser des actes respectueux à la mère, et, en cas d'absence des père et mère, d'en adresser aux aïeuls et aïeules. — Mais j'ai déjà annoncé (*supra,* n° 62) qu'il n'en est pas ainsi; l'ambiguïté de cette rédaction est complétement levée par la comparaison des articles 148, 150 et 151. Si le père était mort, est-ce que l'enfant ne devrait pas adresser des actes respectueux à sa mère? Oui, sans doute (art. 149-151); or, l'impossibilité de manifester la volonté est partout, dans notre sujet, assimilée à la mort, et avec beaucoup de raison; donc, la solution doit être absolument la même dans les deux cas (Duranton, t. II, n° 112; Valette sur Prudhon, t. I, p. 379, note *a;* Coffinières, *Encyclop.*, n° 22).

64. — Mais il est possible que les futurs époux, surtout dans les classes pauvres, ne connaissent ni le lieu du décès ni le lieu du dernier domicile de leurs père, mère ou autres ascendants. Il y avait là un embarras, auquel ni l'article 155 ni aucun autre article du Code Napoléon n'avaient pourvu. J'ai déjà parlé de l'avis du 4 messidor an XIII, par lequel le conseil d'État, considérant :

« Que le supplément naturel de l'acte de décès des père et mère est dans la présence des aïeuls et aïeules, et dans l'attestation qu'on peut leur demander de ce décès;

« Que si, par l'ignorance du lieu où sont décédés les père, mère et ascendants, on ne peut produire leur acte de décès; que si, comme cela arrive souvent dans les classes pauvres, par l'ignorance du dernier domicile, on ne peut recourir à l'acte de notoriété prescrit par l'article 155, et destiné à constater l'absence d'un domicile connu, dans ce cas, la raison suggère de se contenter de la déclaration des témoins....

« Est d'avis :

« 1° Qu'il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés, lorsque les aïeuls et les aïeules attestent ce décès ; et dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage ;

« 2° Que si les père, mère, aïeuls ou aïeules, dont le consentement est requis, sont décédés, et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur décès ou la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil doivent faire mention, dans l'acte de mariage, desdites déclarations. » (Joign. une circulaire du ministre de la justice, du 11 messidor an XII.)

65. — Il est presque inutile de dire que l'enfant ne doit pas demander conseil ni faire en conséquence d'actes respectueux au nouveau mari de sa mère remariée (Coffinières, *Encyclop.*, n° 20), puisqu'il n'est en aucune façon soumis à son autorité (art. 148 et 251).

C. — *En quel nombre et à quels intervalles doivent être faits les actes respectueux?*

66. — Des articles 151, 152 et 153 combinés résultent les propositions suivantes :

1° Le fils, depuis vingt-cinq jusqu'à trente ans, et la fille, depuis vingt et un ans jusqu'à vingt-cinq, sont tenus de faire trois actes respectueux de mois en mois;

2° Après trente ans pour le fils, et vingt-cinq ans pour

la fille, un seul acte respectueux suffit. Je dis, après vingt-cinq ans pour la fille, malgré la généralité évidemment inexacte de l'article 153, puisque l'article 152 ne soumet la fille à la nécessité de trois actes que *jusqu'à vingt-cinq ans*. Nous avons d'ailleurs expliqué déjà (*supra*, n° 37) les motifs de cette différence entre le fils et la fille (Bordeaux 22 mai 1806, Rosalie C. P..., Sirey 1807, II, 769; Paris, 19 sept. 1815, Vengny, Syrey 1816, II, 343; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Act. respect.*, § 2, quest. 3; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*);

3° Il ne peut être passé outre à la célébration du mariage qu'un mois après le dernier ou le seul acte respectueux qui a dû être fait.

Ces intervalles ont été ménagés afin que les ascendants puissent adresser ou faire parvenir leurs conseils à l'enfant, afin que le temps et la réflexion puissent agir sur toutes les parties et amener peut-être soit l'ascendant à consentir au mariage, soit l'enfant lui-même à y renoncer. Un seul acte suffit toutefois, après un certain âge, par le double motif que cet âge plus avancé offre, de la part de l'enfant, plus de garanties d'expérience, et lui rend aussi les retards de plus en plus préjudiciables.

67. — De quelle manière faut-il compter le mois qui doit s'écouler soit entre le premier acte respectueux et chacun de ceux qui le suivent, soit entre le dernier et l'époque à laquelle le mariage peut être célébré?

Si, par exemple, le premier acte a été fait le 20 mai, le second pourrait-il être fait le 20 juin?

Non, disent MM. Delvincourt (t. I, p. 56, note 13) et Hutteau d'Origny (*de l'État civil*, tit. VII, chap. I, n° 6) : la loi veut qu'il y ait un mois d'intervalle entre chaque signification (art. 152, 153); or, d'après l'article 1033 du Code de procédure, le jour de la signification (*dies a quo*) et celui de l'échéance (*dies ad quem*) ne doivent pas être comptés dans les actes signifiés à personne ou domicile; donc, l'acte respectueux fait le 20 mai ne peut

être renouvelé que le 21 juin. Ajoutez que les actes respectueux ne sont pas favorables.

L'opinion contraire est toutefois généralement suivie dans la doctrine et dans la jurisprudence : l'article 1033 du Code de procédure ne s'applique en effet qu'aux actes de procédure, qu'aux *ajournements*, *citations*, *sommations*, etc. ; et tel n'est pas le vrai caractère des actes respectueux, qui ne sont qu'un moyen légal de communication tout extrajudiciaire entre l'ascendant et l'enfant, et qui forment ainsi une espèce d'actes à part, réglée par le Code Napoléon ; or, les articles 152 et 153 exigent seulement en termes généraux le délai d'un mois ; donc, il suffit de compter ce délai de quantième à quantième. On ne peut pas dire d'ailleurs, d'une manière absolue, que les actes respectueux soient favorables ni défavorables ; cette considération beaucoup trop vague ne saurait donc être décisive (Paris, 19 oct. 1809, Minot C. Juliard, Sirey, 1810, II, 271 ; Lyon, 23 déc. 1831, Deschamps C. Deschamps, Dev., 1832, II, 267 ; Bordeaux, 19 juin 1844, Boitard, Dev., 1844, II, 594 ; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Act. respect.*, § 2, quest. 1 et 2 ; Duranton, t. II, n° 107 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 79 ; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. 1, art. 5, n°s 30, 31 ; Coffinières, *Encyclop.*, n° 14).

68. — Le délai d'un mois, minimum de l'intervalle qui doit séparer les actes respectueux les uns des autres, en est-il aussi le maximum ? En d'autres termes, doivent-ils se succéder de mois en mois sans interruption ? ou bien, par exemple, le second acte pourrait-il être fait deux ou trois mois après le premier ?

Dirons-nous que l'article 152 en exige le renouvellement exact et non interrompu de *mois en mois ?...* Pourtant ce texte ne me paraît pas assez formel pour qu'on soit fondé à exiger cette condition. Tel est l'avis de MM. Hutteau d'Origny (*de l'État civil,* p. 236) et Coffinières (*Encyclop.*, n° 15), qui toutefois s'accordent à dé-

clarer *cette pratique abusive.* Ne serait-il pas vrai pourtant de répondre que plus il y a d'intervalle entre les actes respectueux, plus l'enfant témoigne de sa persévérance dans son projet, et plus il donne aussi à son ascendant le temps et les moyens de l'éclairer par ses conseils?

69. — Pareillement la loi détermine bien un délai avant lequel un mariage ne peut pas être célébré depuis le dernier acte respectueux : le délai d'un mois (art. 152, 153).

Mais y a-t il un délai après lequel le mariage ne puisse plus être célébré, sans que l'enfant soit obligé de renouveler les actes respectueux? Pourrait-il, par exemple, se marier un an après le dernier acte, se marier avec la même personne, bien entendu! car il est évident qu'il devrait faire d'autres actes respectueux, à quelque époque que ce fût, s'il s'agissait d'un autre mariage? Certainement il paraîtrait convenable que les actes respectueux, non suivis, dans un certain délai, de la célébration du mariage, fussent périmés et à refaire; car la situation a pu changer et fournir à l'ascendant des motifs nouveaux de résistance et d'exhortations; telle paraît bien être aussi la pensée de la loi qui veut, par exemple, que si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai des publications, il ne puisse être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites (art. 65; joign. aussi art. 289). Néanmoins, les articles 152 et 153 se bornant à dire qu'un mois après le dernier acte, il *pourra* être passé outre à la célébration du mariage, je ne croirais pas qu'il fût possible d'en exiger de nouveau, quel que fût l'intervalle écoulé entre le dernier acte et le jour de la célébration du mariage.

D. — *Comment et suivant quelles formes doivent être faits les actes respectueux?*

70. — Autrefois l'enfant devait présenter au juge une requête aux fins d'obtenir la permission d'adresser à ses père ou mère *des sommations respectueuses* (Pothier, n° 340; Merlin, *Rép.*, t. XII, v° *Somm. respect.*, p. 729).

Le Code Napoléon a supprimé ces formalités et ces dénominations judiciaires, qui semblaient peu conformes au caractère de cet acte de déférence et de respect. Voilà aussi pourquoi il a placé ces sortes d'actes dans les attributions des notaires (art. 154), qui en étaient d'ailleurs déjà chargés autrefois, du moins dans une certaine partie de la France (Pothier, *supra*). Le ministère des huissiers aurait eu quelque chose d'hostile et de provoquant, qui pouvait tout d'abord blesser l'ascendant, et le décider, par cela seul, à persister dans son refus. Les notaires, initiés par leur position même aux secrets des familles, dont ils sont presque partout les conseils, seront des intermédiaires non-seulement plus convenables, mais beaucoup plus utiles, et pourront peut-être opérer entre les parties un rapprochement toujours très-désirable (comp. *Observations pratiques sur les actes respectueux*, par M. Gouron-Boisvert, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1865, p. 263 et suiv.).

L'*acte* respectueux (et non plus la *sommation*, comme on l'appelle encore souvent mal à propos aujourd'hui), forme ainsi une espèce d'acte à part, dont il est, je crois, regrettable que la loi n'ait pas plus nettement déterminé les conditions et les formes; la preuve en est dans le nombre infini de questions, grandes et petites, que ce sujet a soulevées.

71. — « L'acte respectueux sera notifié à celui ou » ceux des ascendants désignés en l'article 151 par deux » notaires ou par un notaire et deux témoins; et dans le

» procès-verbal qui doit en être dressé, il sera fait mention de la réponse. » (Art. 154).

Voilà le seul texte à l'aide duquel il nous faudra résoudre toutes ces difficultés.

Et d'abord, est-il nécessaire que l'enfant lui-même accompagne le notaire et se rende en personne auprès de son ascendant?

Pour l'affirmative, on a dit : quel est le vœu essentiel de la loi? c'est que l'enfant demande respectueusement le conseil de son ascendant; or, ce vœu ne peut être rempli que par une démarche personnelle; car une autre façon d'agir serait tout à fait irrespectueuse, et ôterait d'ailleurs à l'ascendant les moyens d'éclairer son enfant. Combien n'y a-t-il pas de révélations qu'il ne pourra lui confier que de vive voix? voulez-vous donc que le père déclare, dans le procès-verbal du notaire, que le futur époux de son enfant va tomber en faillite ou qu'il est de mœurs perdues..., etc.? Donc, il faut une communication directe, *un rapprochement réel* entre le père et l'enfant. Aussi notre ancien droit l'exigeait-il (Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. II; *du Contrat de mariage*, n° 340) : et l'exposé des motifs de notre titre (par M. Bigot-Préameneu) témoigne que le législateur nouveau n'a pas entendu y déroger (Caen, 1er prairial an XIII, B., Sirey, 1805, II, 143; Angers, 20 janvier 1809, Talourd, D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. I, art. 5, nos 18, 19; Delvincourt, t. I, p. 56, note 11).

Je répondrai d'abord qu'il n'est pas du tout certain que l'ancien droit exigeât la présence de l'enfant et qu'il s'en faut beaucoup que les opinions fussent autrefois unanimes sur ce point (Merlin, *Rép.*, t. XII, v° *Somm. respect.* p. 729, 730). Quoi qu'il en soit, c'est sous l'empire du Code Napoléon que nous avons maintenant à le résoudre; et je pense qui ni le texte ni les motifs n'exigent que l'enfant accompagne le notaire.

Le texte : l'article 154 se borne à dire que *l'acte res-*

pectueux sera notifié par deux notaires, etc.; il ajoute qu'il sera fait, dans le procès-verbal, mention de la réponse de l'ascendant; ce qui suppose qu'il ne l'adresse pas, du moins toujours et nécessairement, à l'enfant lui-même. Loin donc que cette rédaction emporte la nécessité de la présence de l'enfant, elle en serait même plutôt exclusive. « La loi! s'écrie Merlin, toute la loi, mais rien que la loi! » (*Quest. de droit*, vº *Act. respect.*, § 3, quest. 14). Or, ce serait évidemment ajouter à la loi, que de soumettre l'enfant à une condition qui n'est pas exigée par elle.

Les motifs : parce qu'en effet la notification des actes respectueux suppose presque nécessairement des explications et des dissidences antérieures; parce que l'enfant n'en vient presque jamais là qu'après avoir épuisé les autres moyens pour obtenir l'agrément de son ascendant; parce qu'enfin, dans l'état d'irritation qui presque toujours aussi les anime, le contact de l'enfant et de ses parents ne pourrait que donner lieu à des scènes pénibles et violentes, que l'absence de l'enfant n'épargne pas même toujours au notaire! Si l'ascendant veut sincèrement détourner son enfant de ce mariage, soyez sûr qu'il saura bien trouver le moyen de lui faire savoir tout ce qu'il désire lui apprendre. N'y a-t-il pas enfin bien des circonstances dans lesquelles l'obligation imposée à l'enfant de se rendre près de son ascendant lui serait très-pénible et très-onéreuse, comme s'il habite en pays étranger, ou même impossible dans le cas, par exemple, d'un mariage *in extremis?* (Rouen, 6 mars 1806, Crouzeilles C. Rich, Sirey, 1807, II, 768; Cass., 4 nov. 1807, Morel, Sirey, 1808, I, 57; Douai, 22 avril 1819, Saint-Remi, Sirey, 1820, II, 116; Toulouse, 27 juin, Poude-roux, et 27 juillet 1821, Mercier, Sirey, 1822, II, 98 et 99; Douai, 27 mai 1835, Doutremer, Dev., 1836, II, 44; Paris, 26 avril 1836, Verest, Dev., 1836, II, 238; Toulouse, 27 nov. 1861, Dorbes, Dev., 1863, II, 57; Tribun. civ. de la Seine, 22 juill. 1865, Galimard, le

Droit du 4 août 1865; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 9, quest. 9; Toullier, t. I, n° 549; Duranton, t. II, n° 111; Vazeille, t. I, n° 138; Coffinières, *Encyclop.*, n° 27.)

72. — Il faut en conclure aussi qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant se fasse représenter auprès de son ascendant par un fondé de pouvoir spécial.

La Cour de Douai, qui avait d'abord jugé le contraire (8 janv. 1828, Decluny, Sirey, 1828, II, 183), a depuis elle-même consacré ce principe (*supra*, n° 71).

Eh! pourquoi donc, en effet, un fondé de pouvoir? est-ce que le notaire ne suffit pas? est-ce qu'il n'est pas lui-même le mandataire de l'enfant? — Non! va-t-on me répondre, il ne l'est pas, il ne pourrait l'être! Si donc l'enfant, qui n'est pas tenu de constituer un mandataire, voulait en constituer un, il ne pourrait pas donner ses pouvoirs au notaire; car il y aurait incompatibilité entre les deux qualités de procureur fondé et d'officier instrumentaire (Coffinières, *Encyclop.*, n° 34). — Mais il me semble que la fonction du notaire est précisément ici d'agir au nom de l'enfant, et qu'il est dès lors son mandataire par la force même des choses. Cela est si vrai qu'on a plusieurs fois décidé qu'il est indispensable que l'enfant, qui ne fait pas en personne la démarche, donne au notaire le mandat de la faire en son nom (D., 1814, II, 27; Lyon, 23 décembre 1831, Deschamps, D., 1832, II, 42); et dans la pratique générale, l'acte dressé en l'étude, par lequel l'enfant *requiert le notaire de se transporter incessamment en la demeure de ses père et mère*, etc., cet acte n'est en réalité autre chose qu'un mandat (*Formulaire raisonné du notariat*, par M. Clerc, p. 89).

A la vérité, l'opinion commune est que le notaire n'a pas besoin d'être muni d'un pouvoir spécial et par écrit, parce que la loi ne l'exige pas et que l'attestation faite par le notaire lui-même de son mandat, est authentique et doit dès lors suffire (Douai, 27 mai 1835, Doutremer, Dev.,

1836, II, 44; Merlin, *Quest. de droit*, vº *Act. respect.*, § 3, quest. 10; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 77; Hutteau d'Origny, p. 228).

Je le crois ainsi moi-même, en ajoutant toutefois qu'il me paraît plus régulier et plus prudent de donner un pouvoir écrit au notaire (Vazeille, t. I, nº 141); mais ce qui est certain, c'est qu'un pouvoir écrit ou non écrit, lui est toujours conféré par l'enfant. Pourquoi donc alors, je le répète, faudrait-il en outre un autre mandataire? cette condition n'est donc pas du tout nécessaire. — Est-elle du moins possible? sans doute! et rien ne vous empêche de donner à un tiers mandat d'aller avec le notaire chez votre ascendant! (Caen, 24 févr. 1827, Pihan, D., 1828, II, 38.) Mais en vérité à quoi bon? est-ce un ami que vous voulez charger d'une démarche officieuse et conciliante? il n'a pas besoin de mandat; et pour ce qui est de la démarche légale et officielle, croyez-moi, n'y employez pas trop de monde; elle n'en serait presque toujours que plus difficile et plus mal reçue!

73. — Le notaire va donc seul notifier l'acte respectueux; mais voici que l'ascendant lui répond : « Je demande que mon enfant se rende lui-même et en personne près de moi. » Ou bien : « Ma fille est dans la dépendance de telle famille, ou sous le joug d'un séducteur; elle est égarée, elle n'est pas libre! Je demande qu'elle soit tenue de se transporter devant un tribunal, ou même de se retirer, pendant un certain temps, dans une maison tierce que le tribunal désignera, et où je pourrai la voir et l'éclairer. »

Ces prétentions sont fondées, dit un premier système : les actes respectueux ne sont pas une vaine formalité, une froide et dérisoire manifestation; ils se proposent, au contraire, un but éminemment moral et utile! — L'enfant est majeur, dites-vous; il n'a plus besoin du consentement de ses ascendants! — Non, mais il a toujours besoin de leurs conseils! Or, quand l'ascendant lui-même

demande une entrevue, quand il dénonce au tribunal les séductions, les menaces peut-être, sous l'influence desquelles son enfant est placé, n'est-il pas indispensable de donner à cet ascendant le moyen de communiquer librement avec son enfant, et de lui révéler à lui-même des secrets qu'il ne pourrait confier à personne? Autre chose est d'obliger, dans tous les cas, l'enfant à se présenter de lui-même; autre chose de l'obliger à déférer à la demande de son ascendant, lorsque c'est celui-ci qui l'appelle. Qui veut la fin, veut les moyens; et les circonstances peuvent être telles, l'enfant peut être entouré, dominé, circonvenu de telle sorte, qu'en effet les conseils paternels ne puissent arriver jusqu'à lui qu'autant qu'on aura d'abord dégagé de tout obstacle étranger les communications entre l'ascendant et l'enfant (Montpellier, 31 décembre 1821, L..., C. L..., Sirey, 1822, II, 247; Aix, 6 janv. 1824, D. L... C. D. L.... Sirey, 1825, II, 326; Paris, 29 nov. 1836, Appert, Dev., 1837, II, 22; Coffinières, *Encyclop.*, n° 40).

Je ne voudrais pas pourtant accepter ces propositions avec une telle généralité.

Le principe qu'il faut au contraire poser avant tout et maintenir, c'est que l'enfant est majeur (art. 148, 151, 488); c'est qu'il est dès lors capable de se marier malgré la résistance de ses ascendants, comme aussi de résider où et chez qui bon lui semble (art. 108, 372). Il y a là un principe essentiel de droit public, un principe de liberté individuelle qui ne saurait être méconnu (*supra*, n° 23); je n'admettrais donc pas qu'il fût possible soit de retarder ainsi, même par le plus court délai, la célébration du mariage, soit de contraindre l'enfant à résider dans une maison qui lui serait indiquée par le tribunal, pendant l'intervalle qui doit s'écouler depuis l'acte ou les actes respectueux (Cass., 21 mars 1809, Folignier, Sirey, 1809, I, 199; Agen, 27 août 1829, Roussannes, D., 1832, II, 37; Douai, 27 mai 1835, Doutremer, Dev.,

1836, II, 44; Paris, 26 avril 1836, Verest, Dev., 1836, II, 238; Cass., 8 déc. 1856, Dantoine de Taillas, Dev., 1857, I, 89; Amiens, 8 juin 1869, Bataille, Dev., 1870, II, 100; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 13, 14; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 77; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. I, art. 5, n° 23).

Mais est-ce à dire pourtant que, jamais et en aucun cas, l'ascendant qui demanderait seulement une entrevue avec son enfant, ne serait fondé à l'obtenir? Telle paraît être la conséquence, que déduisent de ces principes quelques auteurs qui les professent (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 15; D., *loc. cit.*). On pourrait dire en effet qu'il y aurait dans la simple obligation imposée à l'enfant d'accepter une entrevue soit chez son ascendant, soit dans une maison tierce ou devant le président, qu'il y aurait là aussi une atteinte à sa capacité, à sa liberté, et que l'abus d'ailleurs serait alors également à craindre. L'enfant est en pays étranger, il est à Marseille, dans son comptoir de commerce. — Tant mieux! plus il sera loin, plus l'ascendant désirera le voir;.... le voir! dites donc plutôt le contrarier! le vexer! l'obliger à des déplacements dispendieux! Et puis, combien d'entrevues pourra-t-il demander? une, deux, ou trois, après chacun des actes respectueux; vous voyez bien quelle gêne et quel arbitraire!

N'exagérons rien; je viens moi-même de faire la part des droits de l'enfant, mais il ne faut pas oublier non plus ses devoirs; il doit, à tout âge, honneur et respect à ses ascendants! (Art. 171.) Or, je soutiens qu'il manquerait à ce devoir, s'il refusait une entrevue, lorsque, d'une part, l'ascendant la demande sincèrement, sérieusement, et lorsque, d'autre part, l'enfant n'a aucun motif légitime et raisonnable de ne pas s'y rendre. Dans cette limite et sous ces conditions, je crois qu'on peut l'y contraindre; et je réponds ainsi aux objections qui précèdent. Si le tribunal reconnaît que l'ascendant n'é-

coute que son ressentiment, ou que l'enfant a des raisons suffisantes pour ne pas répondre à son appel, il ne l'y contraindra point; mais le père et l'enfant sont là, l'un près de l'autre, dans la même ville, ou à une distance que l'enfant peut, facilement et sans inconvénient, franchir; le père alors demande une entrevue, un entretien avec son fils ou avec sa fille; voilà toute sa prétention et sa seule exigence.... Eh bien! je dis que vous ne pouvez pas alors vous y refuser; je dis que c'est là un des devoirs positifs de la piété filiale (art. 371), une des conséquences raisonnables de la nécessité des actes respectueux, un des moyens par lesquels ils atteindront le mieux le but que la loi se propose, et qu'il faut dès lors employer dès qu'il est possible sans aucun dommage pour l'enfant.

74. — Dans tous les cas, au reste, l'enfant et l'ascendant sont libres de s'entendre à cet égard; cet accord est trop désirable pour que les magistrats ne l'approuvent pas (Caen, 25 janvier 1845, Fristel, *J. du P.*, t. I de 1845). Si donc une fille consentait à se retirer pendant un certain délai dans un couvent pour y recevoir les conseils de son père, le tribunal ou la Cour leur donnerait acte de leurs consentements respectifs; et il me semble aussi que cette convention serait obligatoire, c'est-à-dire qu'il ne pourrait pas être procédé au mariage de la fille sans l'agrément de son père avant l'expiration de ce délai. La décision judiciaire, en donnant acte de cet accord, en présuppose la validité (*voy.* l'arrêt précité); et je crois en effet qu'un tel arrangement pris envers son ascendant par l'enfant lui-même, de sa libre volonté et pour un temps limité, loin d'être contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, est tout à la fois conseillé par l'intérêt de la société et des familles.

75. — L'acte respectueux et le procès-verbal du notaire, forment-ils deux actes distincts?

Oui, lorsque l'enfant n'accompagne point le notaire

chez son ascendant; dans ce cas, l'acte respectueux est d'abord dressé dans l'étude à sa requête; le notaire le notifie ensuite et constate, par un procès-verbal, c'est-à-dire par un second acte, cette notification.

Non, lorsque l'enfant en personne accompagne le notaire; dans ce cas, il suffit d'un seul acte dressé en la demeure de l'ascendant (Toulouse, 2 février 1830, dame V. C. son fils, D., 1830, II, 195; Coffinières, *Encyclop.*, n° 43). Telle paraît être aussi la pratique générale (*Dict. du notariat*, v° *Act. resp.*, § 4, formules; *Formulaire raisonné du notariat*, p. 89).

Peut-être néanmoins pourrait-on dire que, dans tous les cas, l'acte respectueux lui-même ne consiste en réalité que dans la démarche du notaire auprès de l'ascendant et dans le procès-verbal qui en est dressé et dont copie lui est laissée. L'acte d'abord rédigé dans l'étude, sur la réquisition de l'enfant, cet acte, étranger à l'ascendant, n'est-il pas autre chose qu'un mandat donné par l'enfant au notaire? (*Voy.* toutefois, M. Gouron-Boisvert, *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, 1865, p. 267-270.)

76. — Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas contestable que l'acte ou les actes, dressés en ces circonstances, par les notaires, doivent réunir les conditions en général requises pour les actes notariés :

Soit relativement aux qualités des notaires ou du notaire et des témoins (art. 9 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI; Angers, 29 janv. 1809, Talourd, D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. I, art. 5, n° 18; Rouen, 13 mai 1839, Cheval, D., 1839, II, 166; Toulouse, 27 nov. 1861, Dorbes. Dev., 1863, II, 67);

Soit relativement aux différentes formalités constitutives de l'acte lui-même (art. 11 et suiv. de la même loi; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 7; Coffinières, *Encyclop.*, n° 31; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 76).

77. — Mais la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins est-elle alors indispensable?

Je dois avertir que l'affirmative est généralement enseignée et pratiquée; on exige que le notaire en second ou les témoins assistent effectivement le notaire et signent avec lui tous les actes, y compris la copie de la notification laissée à l'ascendant (comp. Paris, 12 février 1811, Hennequin, Sirey, 1811, II, 471; Rennes, 1er juin 1859, B.... de la S., Dev., 1859, II, 481; *Dict. du notariat*, v° *Act. respect.*, § 2, n° 45; *Formulaire raisonné du notariat*, p. 91; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra;* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 6).

Dans l'intérêt de cette doctrine et de cet usage, on peut dire: les actes respectueux, la notification de ces actes sortent, à certains égards, du cercle des attributions habituelles des notaires qui doivent dès lors se conformer exactement aux prescriptions requises par la loi, pour cette espèce d'actes particuliers; or, l'article 154 exige que l'acte respectueux soit notifié *par deux notaires ou par un notaire et deux témoins;* donc, il requiert leur concours actif, leur présence réelle; donc, il veut qu'ils coopèrent effectivement à la notification et à la remise de la copie elle-même. De ce que le notaire en second ou les témoins ne sont pas tenus de signer les *expéditions* de l'acte, dont ils ont signé la minute, il ne faut pas conclure qu'ils ne sont pas tenus de signer la copie de l'acte respectueux; car, d'une part, cette copie n'est pas une simple expédition, une expédition ordinaire, c'est la notification même à laquelle ils doivent tous concourir; et, d'autre part, si le notaire en second ou les témoins ne signent pas les expéditions, c'est qu'ils ne sont pas là, le plus souvent, au moment où le notaire les délivre, tandis que le notaire en second ou les témoins devant être présents au moment même de la remise de la copie à l'ascendant, il n'y a aucun motif pour qu'ils ne soient pas tenus de la signer comme le notaire lui-même, qu'ils

assistent. La loi du 11 juin 1843, sur les actes notariés, n'a d'ailleurs rien changé à cet égard ; l'article 3 porte, en effet, que les actes, autres que ceux mentionnés dans l'article 2, continueront d'être faits suivant l'usage antérieur; or, l'usage, en ce qui concerne l'acte respectueux, a toujours voulu que le notaire en second ou les deux témoins fussent présents; et l'observation en fut même faite en termes exprès, lors de la discussion de la loi du 11 juin 1843 (Duvergier, *Re . de lois*, t. 1843, p. 275).

J'avouerai pourtant que ni les textes ni la raison ne m'auraient paru exiger cette condition; les textes : le rapprochement de l'article 154 du Code Napoléon et de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, ne prouve-t-il pas que la loi n'a rien demandé, sous ce rapport, de spécial pour les actes respectueux, qui ne sont finalement que des actes notariés? (*Supra*, nº 76.) La loi du 11 juin 1843 me fournit, je crois, encore un argument très-sérieux. — Vous dites que l'article 3 se réfère à l'ancienne pratique! — Mais prenez garde que les articles 2 et 4 énumèrent déterminément ceux des actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins sera nécessaire; or, il n'y est nullement question de l'acte respectueux; et en raison, en principe, pourquoi donc faudrait-il, dans ce cas, la présence de deux notaires ou des témoins? Non-seulement je ne vois aucun motif spécial pour l'exiger; mais elle me paraît avoir alors beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages. Plus cette députation sera nombreuse, moins elle pourra remplir sa mission et atteindre son but. Croyez-vous donc que vos deux témoins (les témoins ordinaires de l'étude!) ne gênent pas très-souvent la liberté des communications entre le notaire et l'ascendant?

Plusieurs arrêts ont déjà jugé qu'il n'est pas nécessaire que la copie laissée à l'ascendant soit signée par le notaire en second ou par les témoins (Caen, 10 déc. 1819,

Jouenne, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 35; Montpellier, 31 déc. 1821, L.... C. L.... Sirey, 1822, II, 247; Toulouse, 7 déc. 1830, Marty, Sirey, 1830, II, 242; Paris, 26 avril 1836, Verest, Dev., 1836, II, 238; Coffinières, *Encyclop.*, n° 42).

Ne serait-ce point là déjà un acheminement à la solution que je propose? (*Voy.* toutefois *infra*, n° 83.)

78. — Quant au fond, l'acte doit être respectueux et formel (art. 154).

Formel, c'est-à-dire ne laisser place à aucune ambiguïté, à aucun doute; ne point omettre, par exemple, les noms de la personne que l'enfant se propose d'épouser (*supra*, n° 53).

Respectueux, c'est-à-dire en termes décents et comme il convient à un fils s'adressant, en pareil cas, à son père.

« On doit éviter l'expression même de *sommation* qui « désigne mal un acte de respect et de soumission. » (Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs.*) Toutefois, l'emploi seul de ce mot ne devrait pas nécessairement emporter la nullité de l'acte (Rouen, 6 mars 1806, Morel, Sirey, 1806, II, 104; Cass., 4 nov. 1807, Morel, Sirey, 1808, II, 57; Merlin, *Rép.*, t. XII, v° *Somm. respect.*, n° 2; Coffinières, *Encyclop.*, n° 35).

Mais il en serait autrement, si l'acte renfermait des termes offensants, des expressions de défi et de menace, ou annonçait insolemment la détermination d'avance arrêtée de ne tenir aucun compte des remontrances de l'ascendant; cela serait tout à la fois contraire au caractère et au but de cette espèce de requête et de supplique (Bordeaux, 12 fruct. an XIII, Plantey, Sirey, 1805, II, 185).

C'est là d'ailleurs une question de fait et d'appréciation que les magistrats doivent décider suivant les circonstances (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3,

quest. 17; D. *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. I, art. 5, n° 26).

Ainsi, par exemple, l'enfant qui demande le *consentement* de son père, montre plus de déférence encore que s'il ne demandait que son conseil; et un tel acte serait assurément très-valable (Toulouse, 27 juin 1821, Ponderoux, Sirey, 1825, II, 98; Amiens, 8 avril 1825, Ducroq, Sirey, 1825, II, 425; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 16).

79. — Mais l'enfant a donné une seule et même procuration au notaire, à l'effet de notifier successivement les trois actes respecteux.

Cela est nul, a-t-on dit: soit parce que l'enfant témoigne ainsi de son parti très-arrêté d'avance et quand même! (*supra*, n° 78) soit parce que le but des actes respectueux serait manqué, si, à chaque renouvellement, l'enfant n'était pas tenu d'exprimer lui-même sa persévérance, malgré les conseils de ses ascendants. Il faut donc autant de procurations que d'actes respectueux; et tel est en effet l'usage (Bruxelles, 3 avril 1823, Vanderdilft, Sirey, 1825, II, 375; Rouen, 19 mars 1828, Valette, Sirey, 1828, II, 119; *Formulaire raisonné du notariat*, p. 90).

Mais, d'une part, aucun texte n'exige plusieurs procurations successives; d'autre part, il me semble qu'une seule procuration peut s'expliquer très-bien par le désir de l'enfant de ne pas multiplier les frais, sans qu'on lui suppose le parti pris de mépriser les conseils de son ascendant et de ne pas révoquer, s'il y a lieu, ce mandat.

Je crois donc qu'une seule procuration serait suffisante (Caen, 11 avril 1822, Poignavant, et 24 fév. 1827, Pihan, Sirey, 1828, II, 51; Douai, 8 janv. 1828, Decluny, Sirey, 1828, II, 185).

Et cela, lors même qu'une copie de cette procuration, en tête du premier acte respectueux, en aurait donné connaissance à l'ascendant (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3, quest. 19).

80. — Mais alors ne faut-il pas au moins que chaque procès-verbal d'acte respectueux atteste que la réponse des ascendants a été communiquée à l'enfant, qui n'en persiste pas moins dans son projet?

L'affirmative, décidée par la Cour de Douai, dans son arrêt précité du 8 janvier, est aussi enseignée par M. Coffinières (*Encyclop.*, n° 33). La loi, en effet, voulant qu'il soit fait dans le procès-verbal mention de la réponse de l'ascendant, témoigne assez qu'elle entend que cette réponse soit transmise à l'enfant; or, la procuration générale donnée une fois pour toutes, autoriserait à penser que cette condition n'a pas été remplie, si les notifications suivantes n'en donnaient pas la preuve. J'adopterais donc aussi cette solutiont (*Voy.* toutefois, Paris, 10 déc. 1872, Chenest, Dev., 1872, II, 295.)

C'est par le même motif qu'il ne suffit pas, malgré un arrêt contraire de Besançon (30 juillet 1822, Desaintoyant, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 42), que le second acte respecteux ne soit que la copie du premier, ni le troisième la copie du second; la loi exige qu'il soit non pas seulement *recopié* et *notifié* une seconde fois, mais bien *renouvelé*, c'est-à-dire recommencé et refait avec les mêmes conditions.

81. — La notification des actes respectueux doit être faite à la personne des ascendants (Caen, 12 déc. 1812, Bouquerei, Sirey, 1813, II, 157; Toulouse, 21 juill. 1821, Mercier, Sirey, 1822, II, 99; Bruxelles, 3 avril 1825, Vanderdilft, Sirey, 1825, II, 375; Cass., 4 avril 1837, Delabeaume, D., 1837, I, 396; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respec.*, § 3, quest. 4.)

L'article 154, en disposant qu'il sera fait mention de la réponse de l'ascendant, suppose bien effectivement que le notaire ou les notaires doivent s'adresser à eux personnellement, et dès lors s'efforcer de les rencontrer et d'être reçus. (Comp. Paris, 12 janv. 1872, X....; et Paris, 10 déc. 1872, Chenest, Dev., 1872, II, 295-296.)

Mais il ne faut rien exagérer. Le notaire, par exemple, n'est pas légalement tenu, soit d'avertir d'avance l'ascendant du jour et de l'heure où il compte faire sa démarche (Angers, 10 mars 1813, Toché, Sirey, 1815, II, 65; Merlin, *loc. cit.*, § 3, quest. 11), soit de l'attendre ou de retourner indéfiniment chez lui, s'il n'y est pas ou refuse de le recevoir. Il ne se peut pas qu'il dépende de l'ascendant, de sa mauvaise humeur, de créer des retards arbitraires et indéfinis, en rendant par son fait la notification *à personne* impossible. Les arrêts de Bruxelles (18 juill. 1808, Neylens, D., 1808, II, 171), et de Caen (12 déc. 1812, Bouquerel, D., 1823, II, 91), me paraissent, à cet égard, avoir dépassé la limite; et je préfère beaucoup la doctrine de l'arrêt de Riom du 28 janvier 1839 (Rocher, D., 1839, II, 100; Delvincourt, t. I, p. 56, note 12; Duranton, t. II, n° 110; Vazeille, t. I, n° 136).

Seulement, il ne faudrait pas non plus qu'il fût prouvé que c'est sciemment, à dessein et avec affectation, qu'on s'est présenté au domicile de l'ascendant pendant qu'il n'y était pas. L'acte, dans ce cas, pourrait être annulé. (Toulouse, 21 juill. 1821, Mercier, Sirey, 1821, II, 99).

Si donc l'ascendant n'est pas trouvé chez lui ou ne veut pas recevoir le notaire, la notification sera valablement faite à domicile, suivant les formes tracées par l'article 68 du Code de procédure (Douai, 22 avril 1819, Saint-Remi, Sirey, 1820, II, 116; Amiens, 8 avril 1825, Ducrocq, Sirey, 1825, II, 425; Cass., 11 juill. 1827, Thuet, Sirey, 1827, I, 473; Nîmes, 8 juill. 1830, Buisson, Dev., 1831, II, 133; Paris, 26 avril 1836, Verest, Dev., 1836, II, 238; Riom, 28 janv. 1839, Rocher, D., 1839, II, 100; Tribun. civ. de la Seine, 22 juill. 1865, Galimard, le *Droit* du 4 août 1865; Amiens, 8 juin 1869, Bataille, Dev., 1870, II, 100).

Les formules suivies dans la pratique sont conformes

à cette jurisprudence (*Formulaire raisonné du Notariat*, p. 91; *voy.* toutefois, Hutteau d'Origny, p. 240).

82. — On a décidé qu'un acte respectueux pouvait être fait même les jours de fêtes légales (Agen, 27 août 1829, Roussannes, D., 1832, II, 37; Coffinières, *Encyclop.*, n° 38; *voy.* aussi D., *Rec. alph.*, v° *Jours fériés*, sect. I). Pourtant le *Formulaire raisonné du Notariat* (p. 91) exprime la proposition contraire; et cela prouve que le plus prudent sera de ne pas s'exposer à cette objection, en faveur de laquelle on pourrait invoquer l'article 1037 du Code de procédure, et ce motif, qu'en effet ces notifications ont conservé quelques-uns des caractères d'un exploit, qui seulement est fait aujourd'hui par les notaires, et non plus, comme autrefois, par les huissiers.

E. — *Dans quels cas les actes respectueux peuvent-ils être déclarés nuls?*

83. — Aucun texte ne prononce, à cet égard, de nullité.

Est-ce à dire que l'acte respectueux, même le plus irrégulier et le plus informe, sera toujours valable? non, sans doute. La nullité dérive alors d'un principe de raison et de nécessité, savoir : que l'acte, tel qu'il a été fait, n'est pas celui que la loi exigeait; qu'il n'a donc pas rempli la condition requise par la loi ni atteint le but qu'elle se proposait. La nullité dérive donc, et il le faut bien toujours, du texte même, non pas expressément, mais, du moins virtuellement (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Act. respect.*, § 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 80).

Les actes seraient donc nuls, s'ils avaient été notifiés par un autre officier public que par un notaire, si on n'avait pas observé les délais qui doivent les séparer les uns des autres, si enfin on avait manqué essentiellement

aux conditions que nous venons d'exposer et qui toutes concourent au but que la loi s'est proposé d'atteindre.

Il me paraît d'ailleurs d'autant plus fâcheux que ces conditions n'aient pas été nettement définies, que, d'une part, il s'agit ici de formalités extrinsèques et de prescriptions réglementaires, à l'égard desquelles le silence de la loi cause toujours beaucoup d'embarras, et que, d'autre part, il n'est pas d'acte plus exposé, qu'un acte respectueux, aux critiques et aux attaques de tout genre. C'est très-souvent de la part de l'ascendant une guerre d'*expédients* pour gagner du temps et faire manquer, s'il le peut, le mariage. Et voilà comment il se laisse presque toujours condamner par défaut, pour revenir ensuite par opposition. Aussi est-il essentiel de se mettre scrupuleusement en règle; et quoi que j'aie pu dire moi-même au point de vue théorique (*supra*, n° 77), le mieux, en fait, est de suivre tout simplement les formalités consacrées par l'usage et les *cautèles* si minutieuses des protocoles et des formulaires.

83 *bis*. — La Cour de Montpellier a décidé que les actes respectueux, signifiés à son père par un fils majeur de vingt-cinq ans, peuvent être déclarés nuls, si, à la date de ces actes, la personne avec laquelle il devait contracter mariage, n'avait pas encore atteint l'âge requis, à cet effet, par la loi. (12 avril 1869, Mignonnat, Dev., 1869, II, 202.)

Cette décision seule paraît juridique.

L'acte respectueux ne peut être adressé à l'ascendant que pour obtenir son conseil relativement à un mariage, actuellement possible d'après la loi. Cette premisse semble tout à fait logique. Comment, en effet, la loi admettrait-elle que l'enfant puisse régulièrement demander à son ascendant un consentement, qu'elle défendrait elle-même à celui-ci d'accorder.

Or, le mariage n'est pas actuellement possible avec une

personne, qui n'a pas encore atteint l'âge requis par la loi ; (art. 144).

Donc, l'acte respectueux, signifié dans de telles conditions, doit être déclaré nul.

Est-ce que le futur époux d'une jeune fille, qui n'aurait pas encore quinze ans accomplis, pourrait contraindre l'officier de l'état civil à faire, dès actuellement, les publications du mariage, qu'il se propose de contracter avec elle !

Nous ne le croyons pas. (Comp. *infra* n° 181).

Pourquoi donc serait-il autorisé à faire d'avance et prématurément des actes respectueux à son ascendant !

Notre avis est, en conséquence, que ces actes respectueux seraient nuls.

Tout au moins, doit-on admettre, avec l'arrêt de la Cour de Montpellier, qu'il appartiendrait aux magistrats d'en prononcer la nullité, eu égard aux circonstances, et notamment suivant qu'ils auraient été faits plus ou moins prématurément.

83 *ter*. — C'est pourquoi nous croyons aussi devoir faire des réserves contre l'arrêt, par lequel la Cour de Paris a décidé que la femme veuve peut procéder aux actes respectueux, dans le délai de viduité de dix mois, qui doit s'écouler avant un second mariage (19 janv. 1873, prince de la Moskowa, Dev., 1873, II, 144.)

Cette décision, dans les termes absolus, par lesquels elle est formulée, ne serait pas, suivant nous, juridique.

Et, en concédant même que les actes respectueux pussent être signifiés par la veuve à son ascendant, avant l'entière expiration du délai de dix mois, du moins voudrions-nous reconnaître aux magistrats le pouvoir de les déclarer nuls, s'ils avaient été, en effet, signifiés assez longtemps avant l'expiration de ce délai, pour qu'on dut y trouver un manquement de l'enfant à ses devoirs en-

vers son ascendant, en même temps que l'oubli des convenances publiques.

84. — *Seconde hypothèse* (*supra*, n°s 35, 36) : L'enfant légitime n'a plus aucun ascendant.

« S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou « s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester « leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un « ans ne peuvent contracter mariage sans le consente- « ment du conseil de famille. » (Art. 160.)

On voit qu'il n'y a plus ici de différence entre *les fils* et *les filles*. Tout enfant légitime doit alors, jusqu'à vingt et un ans, obtenir le consentement du conseil de famille; et, après vingt et un ans, il peut se marier à son gré, sans être tenu de demander conseil à personne.

Le fils âgé de plus de vingt et un ans et de moins de vingt-cinq ans est donc incapable ou capable de se marier sans le consentement d'autrui, suivant qu'il a encore ou qu'il n'a plus d'ascendant. Ce n'est point, apparemment, que la maturité de son jugement dépende de cette circonstance; mais c'est qu'en principe l'homme et la femme sont capables de tous les actes de la vie civile à vingt et un ans (art. 148, 160, 346, 488); et si, néanmoins, on soumet encore, après cet âge, soit le fils pour le mariage (art. 148), soit le fils et la fille pour l'adoption (art 346), à la nécessité d'obtenir le consentement de leurs père et mère, c'est là une exception justifiée sans doute par le motif que l'ascendant est un protecteur naturel et tout trouvé, dont l'affection offre pleine garantie, et qui, d'ailleurs, a lui-même alors un légitime intérêt; mais ce motif cessant, l'exception disparaît, et la règle reprend son empire.

85. — Comment devra être prouvé le décès des père et mère, aïeuls et aïeules? — Dans quels cas se trouveront-ils dans l'impossibilité de manifester leur volonté?

Nous ne pouvons, à cet égard, que nous référer à ce qui a été dit plus haut (n°s 40 et suiv.). Ajoutons, toute-

fois, que si l'acte de décès n'est pas produit, et si, dans l'ignorance du lieu de leur domicile, on ne peut pas recourir à l'acte de notoriété prescrit par l'article 155, l'attestation qu'en ferait le conseil de famille devrait paraître suffisante. Car, bien que l'avis du conseil d'État du 4 messidor an XIII ne statue pas positivement sur cette hypothèse, ses motifs ne semblent laisser à cet égard aucun doute :

« Considérant que rien n'est à craindre relativement au mariage des mineurs, puisqu'en face de l'article 160 du Code Napoléon, toutes les fois qu'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.... »

86. — Le conseil de famille a donné son consentement au mariage.... ou bien il l'a refusé. Peut-on se pourvoir soit contre son consentement, soit contre son refus de consentir ?

Oui, dira-t-on : aux termes de l'article 883 du Code de procédure, « toutes les fois que les délibérations du « conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de « chacun des membres, qui le composent, sera mentionné dans le procès-verbal. Le tuteur, subrogé tu« teur ou curateur, même les membres de l'assemblée, « pourront se pourvoir contre la délibération; ils forme« ront leur demande contre les membres qui auront été « d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire « d'appeler en conciliation. » Ce texte est général et s'applique à toutes les délibérations du conseil de famille : *toutes les fois...*, dit-il; or, il s'agit ici d'une délibération de ce genre; donc, l'article 883 est applicable. Eh! pourquoi donc ne le serait-il pas? les abus, les dangers qui résulteraient d'un pouvoir souverain accordé au conseil de famille, et que précisément cet article a voulu prévenir, ces abus et ces dangers sont-ils ici moins à crain-

dre ? Non, certes ! Ne peut-il pas arriver, soit que des parents, guidés par l'intérêt personnel, s'opposent, par les motifs les plus frivoles, ou plutôt sans motifs, à un mariage avantageux? soit qu'un conseil de famille, composé d'étrangers, d'*amis* (art. 409), c'est-à-dire, hélas! le plus souvent d'*indifférents,* consente légèrement et sans examen, à un mariage déplorable ? Aussi Pothier (n° 336) enseignait-il, dans l'ancien droit, qu'on peut déférer au juge la décision des parents ; et tel est encore, depuis le Code Napoléon, le sentiment défendu par des autorités imposantes (Liége, 30 avril 1811, Kaulen, D., *Rec. alph.*, v° *Mariage,* sect. 1, art. 5, n° 37 ; Toullier, t. I, n° 547 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 339 ; note *a*, 11 ; Coffinières, *Encyclop.*, v° *Act. respect.*, n° 25 ; Massol, *Revue de droit français et étranger,* 1846, t. III, p. 183 et suiv.).

Telle est la doctrine, qui a été consacrée, en termes formels, par un jugement du Tribunal civil de la Seine. (6 août 1869, C..., Dev., 1870, II, 189).

Ce sentiment, toutefois, me paraît contraire et aux textes mêmes et aux principes :

1° L'article 160 exige le *consentement* du conseil de famille, comme l'article 148 le consentement des père et mère, comme l'article 150 le consentement des aïeuls ; c'est le même texte, la même expression, et cela partout (*voy.* encore les articles 73, 76, 174 et 182); or, on reconnaît (Toullier, t. I, n° 546) que la décision des ascendants est souveraine ; donc, il doit en être nécessairement ainsi de la décision du conseil de famille. Et voilà bien ce qui détruit l'argument tiré de l'autorité de l'ancien droit ; car Pothier, lui, allait jusqu'à dire (n° 332), et il était conséquent, qu'en cas de refus des père et mère eux-mêmes, on pouvait suppléer à leur consentement (*supra*, n° 51).

2° Le consentement du conseil de famille, voilà la condition exigée ! son consentement, c'est-à-dire non pas

un jugement, une opinion, un avis, mais une volonté, un acte d'autorité domestique et de puissance paternelle;... son consentement à lui conseil de famille, et non point le consentement de tout autre! L'intervention du tribunal serait donc, dans tous les cas, une violation de la loi. Le conseil de famille a-t-il consenti? la condition légale est satisfaite; a-t-il refusé? la condition légale n'est pas remplie; et le tribunal aurait beau faire! son jugement, à lui, son consentement ne serait jamais apparemment le *consentement* de la famille, c'est-à-dire celui-là même que la loi a exigé.

3° Mais, dit-on, précisément l'article 883 du Code de procédure autorise le tribunal à suppléer à ce consentement ou à le rendre sans effet. — Voilà ce que je nie : je crois avoir déjà prouvé le contraire par les textes mêmes du Code Napoléon; ajoutez que l'article 883 témoigne qu'il ne s'applique pas à notre hypothèse, soit parce qu'il appartient à un titre intitulé : *des Avis de parents,* et qu'il ne s'agit point ici d'un *avis* de parents; soit parce que, en effet, les articles qui le précèdent et qui le suivent, concernent uniquement les nominations de tuteur (art. 882) et les délibérations sujettes à homologation (art. 885), c'est-à-dire relatives aux actes ordinaires de la tutelle; soit, enfin, parce que le mariage est un sujet tout spécial, dans lequel nous voyons qu'ici, par exemple, le tuteur, en cette qualité, n'a aucun pouvoir particulier. Lui permettriez-vous, néanmoins, s'il n'était pas lui-même membre du conseil de famille, ainsi que cela peut arriver, de déférer au tribunal le consentement ou le refus du conseil? Je ne puis pas le croire; car, je le répète, il n'a aucune qualité à cet effet; donc, l'article 883 n'est pas applicable.

4° Et j'applaudis tout à fait à cette exception ou plutôt à cette différence. Il importe, dans l'intérêt même des mineurs, que la détermination des membres du conseil de famille soit, en ce cas, essentiellement libre; et, dès

lors, il est impossible de leur en demander les motifs (arg. de l'article 356). Vous les assignerez, dites-vous, devant le tribunal! Eh bien, alors, qu'arrivera-t-il? C'est que, pour éviter tout ce bruit, pour ne pas s'exposer à la haine de l'autre futur époux et de sa famille, à une action en dommages-intérêts peut-être, les membres du conseil diront oui, pour un mariage auquel ils n'auraient pas consenti, s'il se fût agi de leur propre enfant, s'ils eussent pu remplir en toute liberté la mission que la loi leur confie. Après tout, en cas de refus, ce n'est que jusqu'à vingt et un ans que le mineur sera empêché de contracter ce mariage. — Mais en cas de consentement donné sans examen, le mineur peut faire une faute irréparable! — Il est vrai; mais où est la solution exempte de quelques inconvénients? et je crois que le système contraire en présente lui-même de beaucoup plus sérieux.

Je conclus donc que la décision du conseil de famille est souveraine, qu'elle n'a, en aucun cas, besoin d'homologation, et qu'elle ne saurait être non plus, en aucun cas, portée, quant au fond, devant les tribunaux, lors même qu'elle n'aurait été prise qu'à la majorité (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 215; Delvincourt, t. I, p. 50, note 6; Duranton, t. II, n°s 101, 102; Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Empêchements*, § 5, art. 2, n° 14; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 67; Vazeille, t. I, n° 129).

Je me félicite de pouvoir ajouter que mon savant collègue, M. Valette, qui avait d'abord adopté le système contraire, paraît être revenu à celui-ci, c'est du moins ce qui résulte d'un intéressant article que M. Bertin a publié dans le *Droit* sur cette question. (Comp. le *Droit* des 8 et 9 novembre 1869.)

87. — 2° Il nous reste à savoir comment les dispositions qui précèdent, s'appliquent aux enfants naturels.

Dans notre ancien droit, les *bâtards,* comme dit Pothier

(nº 342), n'étaient pas tenus de requérir le consentement et moins encore le conseil de leurs père et mère; on pensait que cet effet de la puissance paternelle ne pouvait naître que du mariage; l'enfant naturel mineur devait donc seulement, dans tous les cas, sans distinction, obtenir le consentement de son tuteur ou curateur.

Il faut, au contraire, aujourd'hui distinguer (art. 158, 159) :

88. — A. Lorsque l'enfant a été reconnu par ses père et mère, la loi le soumet, envers eux, aux mêmes obligations que l'enfant légitime. — Envers eux, dis-je, envers ses père et mère seulement, et non point envers les ascendants de ses père et mère, à l'égard desquels la reconnaissance ne produit point d'effet, ainsi que nous l'expliquerons (art. 756). Et voilà pourquoi l'article 150 ne se trouve pas compris parmi ceux auxquels renvoie l'article 158.

En conséquence, l'enfant naturel doit, le fils jusqu'à vingt-cinq ans, la fille jusqu'à vingt et un ans, obtenir le consentement de ses père et mère. En cas de dissentiment, le consentement du père suffit (art. 148, 158). — S'il n'a été reconnu que par l'un d'eux, ou si, après la reconnaissance faite par tous les deux, l'un des deux est mort, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit (art. 149, 158). — Enfin, après vingt-cinq ans pour le fils, et vingt et un ans pour la fille, il est tenu, comme l'enfant légitime, de demander leur conseil par des actes respectueux (art. 151-155-158).

Ces dispositions nous paraissent, à tous égards, et dans l'intérêt de l'enfant et dans l'intérêt social, préférables à notre ancienne jurisprudence (*voy.* aussi art. 383).

89. — B. « L'enfant naturel, qui n'a point été re-« connu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses « père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent ma-« nifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt

« et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le « consentement d'un tuteur *ad hoc*, qui lui sera nommé. » (Art. 159.)

La loi n'indiquant point par qui sera nommé ce tuteur, on s'accorde à penser qu'il doit l'être suivant les règles ordinaires du titre des tutelles.... dirai-je par un conseil de famille? Non rigoureusement, puisque l'enfant naturel n'a pas de famille, mais du moins par un conseil, qui, dans les cas semblables, en tient lieu (comp. art. 405-407-409), composé de personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (Locré, *Légis.*, t. IV, p. 330).

Que s'il s'agit d'un enfant non reconnu, le juge de paix formera son conseil comme il le croira le mieux (Toullier, t. I, n° 551 ; Duranton, t. II, n° 116; Vazeille, t. I, n° 131 ; Zachariæ, t. III, p. 272; Valette sur Proudhon, t. I, p. 399, note *a*, 1).

M. Valette (*loc. cit.*) remarque qu'il eût été plus simple de charger ce conseil lui-même de consentir au mariage, ainsi que l'a fait l'article 160 à l'égard des enfants légitimes.

Peut-être a-t-on voulu, par cette délégation spéciale à une seule personne, augmenter en faveur de cet enfant délaissé la garantie d'un examen sérieux et d'une détermination réfléchie; la responsabilité morale d'un seul est, en effet, souvent plus rassurante que cette responsabilité collective et partagée, qui plane vaguement sur tous sans saisir directement personne. Notre honorable collègue M. Valette s'est lui-même associé à ce motif (dans son *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 88).

Voilà pourquoi je pense qu'il faut, comme le texte d'ailleurs l'exige, nommer un tuteur *ad hoc*, et que le tuteur général, dont l'enfant serait déjà pourvu, n'aurait pas qualité pour consentir au mariage. Le conseil pourrait lui donner à lui-même sans doute un pouvoir spécial à cet effet; il serait même presque toujours convenable et

utile qu'il le fît; mais enfin ce pouvoir *ad hoc* lui serait tout à fait nécessaire (comp. Bordeaux, 9 juin 1863, Bertrand, Dev., 1864, II, 9; Toullier, t. I, n° 551, note 2; Duranton, t. I, n° 116).

M. Coffinières semblerait toutefois professer un autre avis (*Encyclop.*, v° *Act. respect.*, n° 26).

90. — M. Hutteau d'Origny enseigne que l'enfant admis dans un hospice ne peut se marier sans le consentement de la commission administrative de l'hospice, savoir : le garçon avant vingt-cinq ans, et la fille avant vingt et un ans (tit. VII, chap. I, § 7, n° 11). L'auteur se fonde sur la loi du 15 pluviôse an VIII, dont les articles 1, 3 et 4 sont ainsi conçus :

Article 1. « Les enfants admis dans les hospices, à « quelque titre et sous quelque dénomination que ce « soit, seront sous la tutelle des commissions administra- « tives de ces maisons, lesquelles désigneront un de « leurs membres pour exercer, le cas advenant, les fonc- « tions de tuteur; et les autres formeront le conseil de « tutelle. »

Article 3. « La tutelle des enfants admis dans les hos- « pices durera jusqu'à leur majorité, ou leur émancipa- « tion par mariage ou autrement. »

Article 4. « Les commissions administratives des hos- « pices jouiront, relativement à l'émancipation des mi- « neurs qui sont sous leur tutelle, des droits attribués « aux père et mère par le Code Napoléon.... » (*Voy.* encore la loi du 27 frimaire an V, et le décret du 19 janvier 1811, art. 15.)

Il ne me semble pas que ces articles justifient suffisamment la proposition de M. Hutteau d'Origny. J'y vois bien que le tuteur, dans ce cas, est l'un des membres de la commission administrative de l'hospice, et que cette commission elle-même remplit le rôle de conseil de famille. Il est vrai encore que l'article 4 défère à la commission administrative les droits des père et mère *relati-*

vement à l'émancipation. Mais est-il exact de dire qu'il en résulte que, relativement au mariage, la commission ait aussi les mêmes droits, et que le garçon dès lors ait toujours, jusqu'à vingt-cinq ans, besoin de son consentement pour se marier? (Art. 160 Cod. Nap.) Je ne le pense pas.

91. — Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer les conséquences qui peuvent résulter, quant à la validité du mariage lui-même, soit du défaut de consentement des ascendants ou de la famille, soit du défaut d'actes respectueux; nous verrons plus bas qu'il y aurait, dans le premier cas, une cause de nullité (art. 182, 183) qui n'existe point, au contraire, dans le second cas (Cass., 12 fév. 1833, d'Hérisson, Dev., 1833, I, 195).

Mais, indépendamment de toute demande en nullité du mariage (art. 195 C. pén.), la loi, pour garantir l'accomplissement de ses prescriptions, a prononcé des peines contre l'officier de l'état civil qui négligerait d'y satisfaire :

S'agit-il de mariages contractés par des individus soumis à la nécessité d'obtenir le consentement de leurs ascendants ou d'un conseil de famille? L'article 156 déclare que les officiers de l'état civil qui auront procédé à la célébration, sans que les consentements requis « soient « énoncés dans l'acte de mariage, seront, à la diligence « des parties intéressées et du procureur impérial près le « tribunal de première instance du lieu où le mariage a « été célébré, condamnés à l'amende portée par l'arti- « cle 192, et en outre à un emprisonnement dont la du- « rée ne pourra être moindre de six mois. »

S'agit-il d'enfants soumis seulement à l'obligation de demander le conseil de leurs ascendants par des actes respectueux? L'article 157 déclare *que lorsqu'il n'y aura point eu d'actes respectueux*, l'officier de l'état civil, qui aura célébré le mariage, « sera condamné à la même « amende et à un emprisonnement qui ne pourra être « moindre d'un mois. »

Tel était à cet égard, le Code Napoléon. Est venu ensuite l'article 193 du Code pénal, ainsi conçu :

« Lorsque, pour la validité d'un mariage, la loi pres-
« crit le consentement des père, mère ou autres per-
« sonnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera point
« assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni
« d'une amende de 16 fr. à 300 fr., et d'un emprisonne-
« ment de six mois au moins et d'un an au plus. »

Du rapprochement de ces différentes dispositions est née la question de savoir si l'article 193 du Code pénal ne déroge pas doublement au Code Napoléon : 1° en ce que le défaut d'*énonciation* du consentement requis, puni par l'article 156 du Code Napoléon, n'entraînerait au contraire aucune peine d'après le Code pénal, si d'ailleurs l'officier de l'état civil *s'était assuré de l'existence de ce consentement;* 2° si même l'article 193 du Code pénal, après avoir ainsi modifié l'article 156 du Code Napoléon, n'aurait pas tout à fait abrogé l'article 157, de telle sorte que l'officier de l'état civil ne devrait plus encourir aucune peine, lors même que les actes respectueux prescrits n'auraient point été faits.

Sur le premier point, je pense que l'article 193 du Code pénal n'a pas dérogé à l'article 156 du Code Napoléon : et d'abord, on pourrait prétendre que ce dernier article n'ayant déterminé ni le *minimum* de l'amende (comp. art. 156 et 192) ni le *maximum* de l'emprisonnement, le but de l'article 193 du Code pénal a été seulement de réparer cette double omission, mais non pas de changer les conditions et le caractère du fait punissable. On pourrait soutenir dès lors que la différence de rédaction des deux articles (156 C. Nap. et 193 C. pén.) n'est pas véritablement intentionnelle; que c'est le même fait qu'ils ont en vue, et qu'il n'y a pas d'ailleurs trop de sévérité dans la peine qui atteindrait le simple défaut d'énonciation des consentements dans l'acte de mariage; car c'est cet acte lui-même qui doit constater la preuve de l'ac-

complissement de cette condition (art. 76 et 194) dont l'inobservation ou (ce qui revient au même) le défaut de justification pourrait faire prononcer la nullité du mariage (D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. I, art. 5, n° 31). — Mais il me paraît toutefois plus vrai de dire que l'article 156 du Code Napoléon et l'article 193 du Code pénal prévoient deux faits différents, et que l'un ne doit pas se confondre avec l'autre. En effet, l'article 195 du Code pénal déclare que « les peines portées aux articles précédents (192, 193) « seront appliquées *sans préjudice des autres dispositions « pénales du* titre V livre I *du Code Napoléon* » dont notre article 156 fait partie. Je penserais donc, avec M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 215, note 6), que si l'officier de l'état civil s'est assuré de l'existence du consentement, mais a négligé de le mentionner dans l'acte de mariage, il pourra être condamné à une amende qui pourrait être inférieure à 16 fr., puisque le Code Napoléon, seul applicable à ce fait, ne fixe pas le *minimum* de cette amende (comp. 156 et 192 C. Nap.). Le sentiment contraire a néanmoins ses partisans (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 271, note 60); et comme il s'agit d'une disposition pénale et par conséquent d'une interprétation restrictive, comme, après tout, le mariage ne peut pas être déclaré nul, quand la preuve du consentement, quoique omise dans l'acte de célébration, est néanmoins fournie, je ne serais pas surpris que ce dernier avis fût préféré dans la pratique.

Remarquons d'ailleurs, en passant, que l'application des peines prononcées par l'article 156, peut être poursuivie par le procureur impérial, indépendamment même de toute *diligence des parties intéressées*. Ainsi le veulent les règles de notre droit criminel (art. 1, 63 et 184, inst. crim.; Turin, 6 avril 1808, le procureur général de Gênes, C. Barelli, Sirey, 1810, II, 65).

Sur le second point, on pourrait aussi soutenir que l'article 193 du Code pénal a tacitement abrogé l'arti-

cle 157 du Code Napoléon, soit parce que le Code pénal, dont la promulgation est postérieure, s'étant occupé des délits que l'officier de l'état civil pourrait commettre, a innocenté le fait dont il est question dans l'article 157, par cela même qu'il ne l'a point rappelé (*voy.* notre t. I, tit. prél., chap. IV, nos 126 et 128); soit parce qu'en effet l'article 157 ne déterminant pas le *maximum* de l'emprisonnement, il eût été indispensable que le Code pénal pourvût également à cette lacune, s'il avait aussi voulu le maintenir (Carnot, sur l'article 193 C. pén.; Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pén.*, t. IV, p. 254).

Je ne pense pas néanmoins qu'il y ait ici abrogation. Il est vrai que l'article 157 ne punit pas cette fois l'officier de l'état civil pour le simple défaut d'énonciation des actes respectueux dans l'acte de mariage; et je conviens que cette omission est, en effet, beaucoup moins grave que la précédente, puisque le défaut d'actes respectueux n'expose pas le mariage à une demande en nullité, et que d'ailleurs ces actes étant faits par le notaire, la minute qui reste dans l'étude pourrait toujours, au besoin, en faire preuve. Mais pourtant, par cela même que l'empêchement résultant du défaut d'actes respectueux n'est que prohibitif, il importe de s'assurer qu'ils seront faits avant la célébration du mariage; la sanction prononcée par l'article 157 est donc sage et utile; le Code pénal, s'occupant seulement, dans ce paragraphe, *de quelques délits relatifs à la tenue des actes de l'état civil*, n'a pas entendu faire à cet égard une loi générale et complète qui dût abroger tacitement les autres dispositions; au contraire, la disposition finale de l'article 195 précité maintient expressément les autres peines que le Code Napoléon (au titre *du Mariage*) a prononcées contre les officiers de l'état civil. — Reste, à la vérité, l'objection embarrassante que l'article 157 ne détermine pas le *maximum* de l'emprisonnement. Mais il est clair que cette peine ne saurait

alors excéder une année, puisque tel est le *maximum* contre le fait prévu par les articles 156 et 192, fait plus grave encore et plus punissable.

92. — Le bon ordre de l'armée, et, par conséquent, l'intérêt de l'État exigent que *les militaires ne puissent pas contracter des mariages inconvenants, susceptibles d'altérer la considération due à leur caractère* (avis du conseil d'État du 21 déc. 1808), des mariages qui pourraient, par exemple, les mettre dans la gêne et dans la détresse.

De là l'obligation, pour les militaires de l'armée de terre et de mer, de toute arme et de tout grade, et pour toutes les personnes qui sont assimilées aux militaires, d'obtenir, avant de contracter mariage, le consentement de leurs supérieurs, savoir : les officiers, la permission par écrit du ministre de la guerre ou de la marine ; les sous-officiers et soldats, celle du conseil d'administration de leur corps.

Cette obligation est imposée aux officiers réformés ou dans la position de disponibilité comme aux officiers en activité de service.

Ce n'est là d'ailleurs qu'un empêchement prohibitif ; et aucun texte ne prononce la nullité d'un mariage une fois contracté sans cette permission.

Mais aux termes de l'article 1 du décret du 16 juin 1808, les militaires « qui auront contracté mariage sans « cette permission, encourront la destitution et la perte « de leurs droits, tant pour eux que pour leurs veuves « et leurs enfants, à toute pension ou récompense mili- « taire ; » — et aux termes de l'article 3, tout officier de « l'état civil, qui sciemment aura célébré le mariage.... « sans s'être fait représenter lesdites permissions, ou qui « aurait négligé de les joindre à l'acte de célébration du « mariage, sera destitué de ses fonctions. »

Il faut consulter, à cet égard, les décrets des 16 juin, 3 août et 28 août 1808, l'avis du conseil d'État du 21 décembre suivant, l'ordonnance du 10 mai 184 (*Bulle-*

tin des lois, 1844, n° 11, 295), et le décret du 25 mars 1852, art. 37, 38; *voy.* aussi Merlin, *Rép.* t. VIII, v° *Mariage*, sect. IV, § 1, n° 5).

92 *bis.* — En résulte-il que l'officier de l'état civil a le droit, ou plutôt le devoir de refuser de procéder à la célébration du mariage du futur époux, si celui-ci ne produit pas un certificat de libération du service militaire?

On peut dire, pour la négative, d'une part, que le Code Napoléon, qui désigne déterminément les pièces qui devront être produites à l'officier de l'état civil, ne fait aucune mention du certificat de libération du service militaire (art. 70 et suiv.), et d'autre part, que les jeunes gens, qui ne sont pas *officiers ou soldats*, ne se trouvent pas compris dans le décret du 16 juin 1808.

Ce double motif nous paraît, en effet, très-grave dans une matière surtout où il est impossible, plus encore que dans tout autre, de créer des empêchements que la loi elle-même n'a pas prononcés; aussi, le Tribunal civil de la Seine avait-il décidé que l'officier de l'état civil n'est pas fondé à refuser de procéder à la célébration du mariage, parce que le futur époux, ne produirait pas le certificat de sa libération du service militaire (3 janv. 1856, Rousseau, le *Droit* du 4 janv. 1856.)

Mais pourtant ce jugement a été réformé par la Cour de Paris par le motif que : « en exigeant de Rousseau, avant de procéder à son mariage, un certificat de libération du service militaire, le maire du 6e arrondissement s'est conformé aux lois et règlements, dont l'observation est imposée aux officiers de l'état civil. » (29 avril 1856, le *Droit* du 30 avril 1856, et *Journal du Palais* 1856, t. II, p. 307; ajout. un arrêt de la Cour de Pau du 23 août 1858.)

C'est-à-dire que les jeunes gens qui n'ont pas satisfait au service militaire sont, en ce point, assimilés aux militaires eux-mêmes, et tenus, en conséquence, dans

cette circonstance, de l'obligation qui est imposée à ceux-ci par le décret du 16 juin 1808. (*Voy.* à cet égard le *Moniteur universel* du 21 déc. 1856 ; ajout. l'article 14 de la loi du 27 juillet 1872, et la circulaire du ministre de la guerre du 3 décembre 1873.).

93. — « Comme tout ce qui concerne l'existence sociale des princes (de la famille du chef de l'État) appartient plus au droit politique qu'au droit civil, les dispositions de celui-ci ne peuvent leur être appliquées qu'avec les modifications déterminées par la raison d'État; les mariages (par exemple) qu'ils pourraient faire, intéressent la nation tout entière et influent plus ou moins sur ses destinées.» (Décret du 30 mars 1806.)

C'est par ces motifs que déjà le sénatus-consulte du 28 floréal an XII portait (tit. III, art. 12), que les membres de la famille impériale ne peuvent se marier sans l'autorisation de l'Empereur, et que le décret précité du 30 mars 1806, complétant cette disposition, a ajouté (tit. I, art. 4) que « le mariage des princes et princesses de la maison impériale, à quelque âge qu'ils soient parvenus, sera nul et de nul effet de plein droit et sans qu'il soit besoin de jugement, toutes les fois qu'il aura été contracté sans le consentement formel de l'Empereur. » (*Voy.* aussi le décret du 11 ventôse an XIII, par lequel l'Empereur fait défense « à tous officiers de l'état civil de l'Empire de recevoir sur leurs registres la transcription d'un acte de célébration d'un prétendu mariage, que M. Jérôme Bonaparte aurait contracté en pays étranger. »)

Les mêmes dispositions ont été reproduites dans le statut du 21 juin 1853 *réglant la condition et les obligations des membres de la famille impériale* (comp. tit. I, art. 4).

SECTION IV.

DE L'EMPÊCHEMENT RÉSULTANT D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE ENCORE EXISTANT.

94. — « On ne peut contracter un second mariage « avant la dissolution du premier. » (Art. 147 ; joign. art. 172, 184, 187, 227 Code Napoléon et 340 Code pénal.)

Telle est notre loi, très-conforme à nos mœurs, aux principes de la morale, au caractère du mariage ; notre loi, dis-je, à tous les Français, quelles que soient, sur ce point, les croyances religieuses de chacun (*supra*, nos 4, 5).

Avant la dissolution du premier; de là les conséquences suivantes :

1° La cause de nullité du second mariage étant l'existence du premier, le second sera valable si le premier est non pas dissous, mais annulé ; car alors il n'y aura pas eu réellement de *premier* mariage (art. 189). — Toutefois, si un premier mariage ne constitue un empêchement dirimant que lorsqu'il est valable, il constitue, dans tous les cas, un empêchement prohibitif, lors même qu'il serait annulable, tant qu'il n'a pas été effectivement annulé. Telle est la conséquence des principes que nous exposerons plus bas, et d'après lesquels le mariage, même entaché de nullité, existe néanmoins jusqu'à ce que cette nullité ait été judiciairement déclarée (Pothier, n° 107).

2° Réciproquement, un premier mariage valable forme toujours un empêchement dirimant à un autre mariage, s'il n'a pas été régulièrement dissous. *Avant la dissolution du premier*, ce qui veut dire, bien entendu : la dissolution légalement prononcée et légalement prouvée (Cass., 13 août 1816, Champeaux-Grammont, Sirey, 1816, I, 353 ; Cass., 25 févr. 1818, Gaudi C. Kellerman,

Sirey, 1819, I, 41; Cass., 7 nov. 1838, Delage C. Bayeux, Dev., 1838, I, 865; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'article 184; *voy.* aussi notre *Traité des Absents*, n° 260).

95. — Mais on peut contracter un second mariage après la dissolution du premier (art. 147), un troisième après la dissolution du second, etc. Nous verrons toutefois que les seconds ou subséquents mariages donnent lieu à quelques dispositions spéciales soit dans l'intérêt de la morale publique et de la famille (art. 228, 296), soit dans l'intérêt des enfants des premiers lits; dans l'intérêt, dis-je, de leurs personnes (art. 380, 381, 395, 396, 399, 400) ou de leurs droits pécuniaires (art. 386, 395, 396, etc., 1098-1100, 1495, 1527; *voy.* notre *Traité des Absents*, n° 326).

Nous rencontrerons aussi plus tard d'autres différences entre les premiers et les seconds ou subséquents mariages. C'est ainsi que la condition de *ne pas se remarier* apposée à une libéralité, est généralement aujourd'hui considérée comme licite et obligatoire; tandis qu'il en est presque toujours autrement de la condition de *ne pas se marier* (art. 6, 900; Poitiers, 14 juin 1838, P. C. N., Dev., 1838, II, 373; Pau, 21 déc. 1844, Lamothe C. Lamaison, Dev., 1845, II, 454; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 250).

Mais ces modifications accidentelles n'altèrent pas d'ailleurs la capacité légale qui appartient à toute personne de se remarier.

SECTION V.

DE L'EMPÊCHEMENT RÉSULTANT DE LA PARENTÉ ET DE L'ALLIANCE.

96. — A. Qu'est-ce que la parenté, et dans quels cas forme-t-elle un empêchement de mariage?

B. Qu'est-ce que l'alliance, et quels sont aussi les empêchements qui en résultent ?

C. Enfin dans quels cas les empêchements qui résultent de la parenté et de l'alliance, peuvent-ils être levés par des dispenses ?

Voilà les trois points principaux que nous avons ici à exposer.

97. — A. La parenté est le lien qui unit les personnes qui descendent l'une de l'autre ou d'un auteur commun. Elle dérive soit du mariage, qui seul forme la parenté légitime, soit d'une union illicite, qui forme la parenté naturelle. L'adoption produit aussi, entre certaines personnes, une sorte de parenté fictive (art. 348-350) ; si bien qu'on a distingué trois sortes de parenté : l'une, purement naturelle ; l'autre, purement civile, celle de l'adoption ; la troisième, tout à la fois naturelle et civile, la parenté légitime, qu'on a en conséquence appelée aussi la parenté *mixte*.

La parenté naturelle est d'ailleurs elle-même de trois sortes : naturelle simple, ou incestueuse, ou adultérine, suivant qu'elle dérive du commerce de personnes non mariées, mais capables de se marier ensemble, ou de personnes qui n'auraient pas pu contracter une union légitime à cause de leurs rapports de parenté ou d'alliance, ou d'un autre mariage encore existant.

98. — Ces différentes espèces de parenté sont loin d'être régies par les mêmes principes.

La parenté légitime est la seule qui constitue la famille, c'est-à-dire cet ensemble, cette agrégation d'individus unis par des liens juridiquement consacrés, par des rapports qui engendrent des droits et des obligations. On la nomme encore *consanguinité* (art. 203 et suiv., 745 suiv., 913 et suiv., etc.).

La parenté naturelle ou illégitime est le fruit d'une faute répréhensible sans doute, mais qui n'est pas telle pourtant que la loi ne dût pas lui reconnaître quelques

effets civils dans l'intérêt des enfants qui en proviennent, et dans l'intérêt de la société elle-même (art. 158, 334 et suiv., 383, 756 et suiv., etc.).

Quant à la parenté incestueuse et adultérine, la loi voudrait qu'elle fût toujours ignorée ; elle défend donc la révélation pernicieuse de ces attentats aux principes les plus essentiels de la famille et de l'État ; et lorsqu'il arrive que, malgré son vœu, cette parenté néfaste est connue, elle ne lui accorde que le moins d'effets possible (art. 331, 335, 342, 762, 764).

Nous expliquerons successivement ces différences. Mais ici nous allons voir que les dispositions de la loi s'appliquent en général à toute espèce de parenté, quelle qu'en soit l'origine, *quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est* (L. 14, § 2, ff. *de Rit. nupt.*).

99. — Afin d'apprécier exactement le caractère et les effets des différents rapports de parenté, on s'est servi de figures et de métaphores tirées du monde matériel.

Il faut donc distinguer, dans toute parenté, d'abord *la ligne* et ensuite *le degré.*

La ligne, c'est la suite, la série des parents qui descendent soit l'un de l'autre, soit d'un auteur commun ; c'est une *échelle,* un *escalier* sur lequel les parents sont classés successivement et chacun à son rang (art. 736) ; *Gradus dicti sunt a similitudine scalarum* (L. 10, § 10, ff. *de Gradibuset affinibus*).

Le degré, c'est l'*échelon,* c'est la *marche.... gradus* (Inst., lib. III, tit. VI, *de Gradibus cognationum*), c'est-à-dire la distance, l'intervalle qu'il y a d'un pied à un autre.

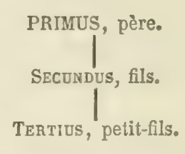
La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations ; chaque génération s'appelle un degré (art. 735). Or, pour former un degré, c'est-à-dire un intervalle, un espace, il faut deux *jalons ;* d'où il suit :

1° Que pour former le premier degré de parenté, il faut deux générations ;

2° Que ce premier échelon une fois placé, toute génération nouvelle qui s'ajoute à celle qui précède, constitue un nouvel intervalle, un nouvel échelon, et forme ainsi un nouveau *degré*.... *Quippe semper generata persona gradum adjiciat* (Inst., *loc. cit.*).

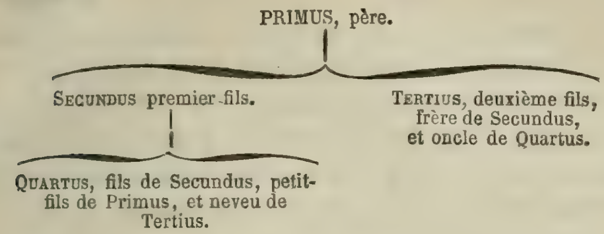
Ainsi le fils est, à l'égard du père, au premier degré (art. 737).... pourquoi? parce que nous avons là deux points extrêmes, deux jalons, entre lesquels se forme ainsi une distance, un intervalle, un *degré*. — Le petit-fils est au second degré (art. 737).... pourquoi? parce que, s'ajoutant au jalon déjà formé par le fils, il constitue de l'autre côté un second point extrême, d'où résulte un second espace, un second échelon, un second *degré*.

100. — On appelle *ligne directe* la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre (art. 736). C'est une *échelle simple;* — si vous la descendez pour aller du père au fils, du fils au petit-fils, etc., la ligne est dite *descendante;* — si vous la remontez pour aller du petit-fils au fils, et du fils au père, la ligne est dite *ascendante*. C'est toujours, bien entendu, la même ligne, la même échelle, considérée seulement soit d'en haut, soit d'en bas :



On appelle *ligne collatérale* la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun (art. 736). C'est une *échelle double*, par laquelle on monte également de chaque côté, *ex transverso, a latere* (Inst., *loc. cit.*) jusqu'à la souche commune. Ainsi deux frères sont placés l'un à côté de l'autre; et au-dessus d'eux, au point

de jonction de notre double échelle, se trouve leur auteur commun :



Mais, dans cette ligne collatérale, comment allons-nous compter les distances, c'est-à-dire les degrés entre les parents qui se trouvent ainsi placés sur deux échelles distinctes?

La supputation n'est pas alors aussi simple que dans la ligne directe, où il ne peut y avoir, et où il n'y a jamais eu en effet qu'une seule manière de les compter (Pothier, n° 124). Ici, au contraire, différents systèmes pouvaient être suivis; et voilà bien ce qui est arrivé.

Le droit canonique ne compte les degrés que d'un seul côté; de cette manière, le frère est au premier degré de son frère ou de sa sœur, parce qu'il n'y a qu'une génération depuis l'un des frères jusqu'au père; deux cousins germains sont, par le même motif, au second degré, etc. Mais comment procéder, dans ce système, si les deux parents se trouvent, chacun dans sa ligne, à une distance inégale de la souche commune, comme par exemple l'oncle et le neveu? L'oncle en effet est au premier degré dans sa ligne, tandis que le neveu est au second dans la sienne. On compte alors les degrés du côté de la personne la plus éloignée de l'auteur commun; l'oncle et le neveu se trouvent ainsi à deux degrés, *remotior trahit ad se proximiorem*.

Le droit romain au contraire comptait en ligne collatérale les degrés de chaque côté; ainsi deux frères étant, chacun dans sa ligne, à un degré de l'auteur commun,

sont entre eux à deux degrés; l'oncle étant, dans sa ligne, au premier degré, et le neveu au second dans la sienne, se trouvent entre eux au troisième degré; deux cousins germains, placés chacun à deux degrés dans sa ligne, sont entre eux au quatrième, etc. On voit que, de cette manière, il ne peut y avoir de premier degré dans la ligne collatérale.... *Ex transverso sive a latere nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo* (L. 1, § 1, ff. *de Gradibus et affinibus*).

Entre ces deux modes de computation des degrés, notre ancien droit français suivait tantôt l'un, tantôt l'autre. Pour déterminer l'ordre des successions, il calculait comme le droit romain; mais il procédait au contraire comme le droit canonique *dans les autres matières, pour les degrés de parenté qui forment un empêchement au mariage ou qui forment une cause de récusation de juges ou de témoins* (Pothier, *des Successions*, ch. I, sect. II, § 2).

Aujourd'hui l'article 738 du Code Napoléon, quoique placé dans le titre des successions, n'en déclare pas moins d'une manière absolue, et pour tous les cas, qu'en ligne collatérale, les degrés se comptent de chaque côté.

Il est facile de comprendre toutes les différences qui doivent résulter dans les empêchements de mariage pour cause de parenté, entre le droit canonique et le droit civil, de cette différence même dans la computation des degrés. La discipline ecclésiastique a subi, sur ce point, de nombreuses variations; on en était venu, dans quelques conciles, jusqu'à défendre le mariage entre parents, à quelque degré que ce fût! « Ce qui donnait lieu à de fréquentes demandes en cassation de mariage, sous prétexte de quelque parenté éloignée, que des personnes dégoûtées de leur mariage découvraient ou supposaient.... » Aussi le concile de Latran, tenu en 1215, borna-t-il l'empêchement *au quatrième degré;* ce qui

correspond au huitième degré en droit civil (Pothier, nos 138 et 146).

101. — On distingue encore, à d'autres égards, deux sortes de lignes : la ligne paternelle qui comprend les personnes unies à un individu du côté de son père, et la ligne maternelle qui comprend ceux qui se rattachent à lui du côté de sa mère. Un individu peut être en effet parent d'un autre, soit tout à la fois du côté de son père et de sa mère (parents germains), soit du côté de son père uniquement (consanguins), soit uniquement du côté de sa mère (utérins).

Nous verrons que cette distinction, quoiqu'elle soit encore utile (art. 402-404), a pourtant aujourd'hui beaucoup moins d'importance qu'autrefois (art. 733-745; comp., sur ce qui précède, notre *Traité des Successions*, t. I, nos 79 et suiv.).

102. — La parenté produit, dans le droit, de nombreux effets, et particulièrement des empêchements de plusieurs sortes (art. 911-975, C. Nap.; 44-46, 268-283, 308-310-378, procéd.; 322, inst. crim.; 8 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI; 63 de la loi du 20 avril 1810, etc.).

Nous n'avons à nous occuper ici que des empêchements qu'elle apporte au mariage.

103. — « En ligne directe, le mariage est prohibé « entre tous les ascendants et descendants légitimes ou « naturels... » (Art. 161.)

De telles unions seraient *abominables*, dit Pothier, (n° 132); *elles feraient horreur!* s'écrie Portalis (exposé des motifs).

104. — « En ligne collatérale, le mariage est pro- « hibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels... » (Art. 162.)

« Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la « nièce, la tante et le neveu. » (Art. 163.)

Cette prohibition, dans la ligne collatérale, est fondée

plus encore sur des considérations sociales et politiques, que sur cette instinctive et profonde aversion, qui, chez tous les peuples ou presque tous, a créé d'elle-même l'impossibilité du mariage dans la ligne directe. L'espoir, la possibilité du mariage entre parents qui vivent le plus souvent sous le même toit, dans la familiarité intime des habitudes de la vie domestique, cet espoir, cette possibilité seule auraient suffi pour éveiller les désirs, pour exciter les passions, au grand péril de cette pureté de mœurs et de relations, qu'il importe si essentiellement de maintenir inaltérables dans la famille (comp. Montesquieu, *de l'Esprit des Lois*, liv. XXVI, chap. XIV).

Ajoutez l'intérêt de l'État à multiplier les alliances, à unir par le plus grand nombre de liens possible les citoyens les uns aux autres, et aussi à ne pas laisser dégénérer la population, s'il est vrai, comme l'observation paraît l'avoir démontré, que tel soit, à la longue, l'effet des mariages toujours contractés entre les individus de la même famille.

105. — Le mariage est-il prohibé entre le grand-oncle et sa petite-nièce, entre la grand'tante et son petit-neveu, et ainsi de suite?

Pour la négative, on invoque le texte même de l'article 163, qui ne prohibe le mariage qu'*entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu*. Tel fut l'avis exprimé par le Conseil d'État le 23 avril 1808; il est vrai que cet avis ne fut point approuvé par l'Empereur, qui au contraire rendit le 7 mai suivant, une décision ainsi conçue : « Le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce, ne peut avoir lieu qu'en conséquence de dispenses accordées conformément à ce qui est prescrit par l'article 164 du Code. » (Locré, *Législ., civ.* t. IV, p. 620). Mais d'abord, on voit que l'opinion opposée a tort de se prévaloir, comme elle le fait presque partout, d'un avis du Conseil d'État (Toullier, t. I, n° 538, note 1; Proudhon, t. I, p. 401; Duranton, t. II, n° 168); le Conseil d'Etat pensa

au contraire que ce mariage n'était pas défendu par le Code. D'où proviendrait donc l'empêchement? de la décision impériale du 7 mai 1808, c'est-à-dire d'une simple décision sans autorité législative! car elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, ni revêtue de la signature de l'Empereur ou d'un de ses ministres (constitution du 22 frimaire an VIII, art. 55; règlement du 5 nivôse an VIII, art. 11). En tous cas, cette décision ne pourrait constituer qu'un empêchement prohibitif, puisqu'elle ne prononce pas la nullité du mariage une fois célébré, et ne donne à personne le droit de l'attaquer. Il y aurait donc toujours cette différence: que l'article 184 applicable au mariage entre l'oncle et la nièce, ne le serait pas au mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce (Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. II, art. 5, n° 26; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 88-90; comp. aussi Loi du 25 ventôse an XI, art. 8; Loi du 13 décembre 1848, art. 10; Nîmes, 13 août 1872, Testud, Dev., 1872, II, 145.).

Je reconnais ce qu'il y a de très-grave dans les objections faites à la décision impériale du 7 mai 1808; et si on accorde une fois que l'article 163 du Code Napoléon ne s'applique pas à ce mariage, j'avoue que l'opinion qui précède devient très-difficile à combattre. Mais je ne fais pas cette concession; remarquez d'abord que le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce, etc., prohibé par le droit romain (Inst., liv. I, tit. X, § 3), l'était aussi par notre ancienne jurisprudence (Pothier, n° 148). Remarquez encore que l'empêchement ne dérive pas ici précisément de la proximité du degré, ni de la considération, qui serait le plus souvent inexacte en fait, que ces personnes demeureraient sous le même toit, et qu'il faudrait dès lors, pour l'honneur et le repos du foyer domestique, élever entre elles cette barrière. Tel n'est pas le motif, principal du moins, de cet empêchement; il est fondé, avant tout, sur le caractère de la parenté, sur le

caractère des relations qui en dérivent, et qui placent respectivement les oncles et les tantes dans la même position envers leurs neveux et nièces, que les père et mère envers leurs enfants, *quia parentum loco habentur* (Inst., *loc. supra*, § 5); or, ce motif-là est le même au moins pour les grands-oncles et les grand'tantes; donc, l'empêchement doit aussi exister; et je pense qu'en effet l'article 163, conformément aux traditions anciennes, les a tous compris sous la dénomination générique *d'oncle et de nièce*, *de tante et de neveu;* le grand-oncle, après tout, est un oncle aussi sans doute! Je préfère, sous ce rapport, la décision du 7 mai 1808 à l'avis du Conseil d'État du 23 avril précédent, et je l'invoque comme la meilleure *interprétation* de notre texte. Aussi ne ferais-je, pour mon compte, aucune différence entre les grands-oncles et les oncles, etc., et je leur appliquerais dès lors aussi sans distinction, l'article 184 (Toullier, Proudhon, Duranton, *loc. supr. cit.;* Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Empêchements*, § 4, p. 552, et t. XVI, § 4, art, 1, p. 292; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 202; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 263; Demante, t. I, n° 220, note 1).

106. — Les articles 161 et 162 s'appliquent expressément à la parenté naturelle aussi bien qu'à la parenté légitime. Le mariage est donc défendu en ligne directe entre les enfants naturels et tous leurs ascendants, et en ligne collatérale entre tous les frères et sœurs, soit légitimes, soit naturels. Il n'est pas douteux que ce dernier mot est, dans nos deux articles, synonyme du mot illégitimes, et qu'il comprend aussi la parenté adultérine ou incestueuse (*supra*, n° 98).

Mais l'article 163 se borne à défendre le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, sans ajouter, comme les articles 161, 162, *légitimes ou naturels*. Cette différence de rédaction prouve assez que le législateur n'a pas voulu défendre et n'a pas effectivement défendu

le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu *naturels*, c'est-à-dire entre une personne et le fils ou la fille *naturels* de son frère ou de sa sœur, même légitimes. — On a dû sans doute empêcher le mariage entre les frères et sœurs naturels, quoique l'un des motifs principaux de cet empêchement, la communauté d'habitation, ne se rencontre peut-être pas alors le plus souvent; mais reste toujours, même dans ce cas, la proximité du degré qui n'admet pas de dispense (art. 162). Au contraire, le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu n'étant pas absolument impossible (art. 164), il a paru que la morale publique ne s'opposait pas à ce qu'il fût permis, même sans dispense, quand la parenté est seulement naturelle (Toullier, t. I, n° 538; Duranton, t. II, n° 171; Merlin, *Rép.* t. XVI, v° *Empêch.*, § 4, art. 1, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 52).

107. — C'est une question délicate, que celle de savoir de quelle manière la parenté naturelle doit être prouvée, en ce qui concerne les empêchements de mariage. Nous verrons plus tard que cette preuve a été soumise par la loi, dans le titre *de la Paternité et de la Filiation* (C. Nap., liv. I, tit. VII, chap. III) à des conditions précises et sévères; c'est ainsi 1° que la reconnaissance doit être faite par acte authentique (art. 62, 334); 2° que la recherche de la paternité est interdite, sauf un cas exceptionnel (art. 340); 3° que la recherche de la maternité n'est permise qu'avec un commencement de preuve par écrit (art. 341). Ces conditions elles-mêmes sont l'objet de difficultés extrêmement graves. Par exemple, la recherche de la maternité est-elle permise contre l'enfant lui-même, ou seulement à son profit? — La possession d'état forme-t-elle preuve de la filiation naturelle, soit à l'égard de la mère, soit à l'égard du père? Questions ardues que nous retrouverons bientôt, et que j'indique ici seulement pour faire voir que cette espèce de filiation et de parenté ne peut point, à beaucoup près, se

prouver indistinctement par tous les moyens possibles. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 378 et suiv.)

Eh bien! il s'agit de savoir si tous ces articles (334 et suiv.), si tout cet ordre de conditions et de principes sont applicables au cas où il s'agit de prouver la parenté naturelle entre deux personnes, à l'effet d'empêcher leur mariage.

Pour l'affirmative, on peut raisonner ainsi : 1° la parenté naturelle n'existe, aux yeux de la loi, qu'autant qu'elle est légalement établie ; or, il n'y a de preuves légales à cet égard que celles qui sont déterminées par les articles 334 et suivants; nulle part la loi n'en a indiqué d'autres; donc, en dehors de ces preuves, la parenté naturelle est légalement réputée ne point exister. 2° Eh! pourquoi, en effet, la loi a-t-elle déterminé le genre de preuves alors admissibles? C'est pour garantir la vie privée et l'honneur des citoyens contre des inquisitions flétrissantes, et la société elle-même contre de déplorables scandales; or, ces motifs existent dans tous les cas, quel que soit, d'ailleurs, le but de la preuve qu'on demande à faire; donc, les conditions par lesquelles la loi protége l'intérêt public et privé, doivent, dans tous les cas, aussi être exigées. 3° Sortez en effet de ces conditions; levez pour un moment la barrière, et vous allez voir la dangereuse arène que vous aurez ouverte; toutes les preuves seront donc admissibles, et la recherche de la paternité elle-même sera permise; on produira des écrits sous seing privé, de simples lettres, pour établir qu'un tel a eu avec telle femme des relations qui ont donné le jour à des enfants! on ira jusqu'à la preuve testimoniale! — Oh! non, disent les partisans de l'opinion contraire (*infra*); il faudra au moins des écrits privés. — Restriction arbitraire; car dès qu'on se met en dehors des textes qui prohibent certaines preuves, tous les genres de preuve doivent être également admis. — Il est si vrai que

ce système n'est pas conforme à la loi, qu'un des auteurs, qui le défendent, reconnaît que l'empêchement qui résulterait d'une parenté naturelle non légalement prouvée, ne serait pas dirimant, mais simplement prohibitif (Rolland de Villargues, *des Enfants naturels*, n° 306). — Restriction nouvelle et plus arbitraire encore; car si l'empêchement existe, il ne peut être que dirimant (art. 184). — On invoque enfin l'honnêteté publique, qui exige qu'on prévienne le scandale d'un mariage entre le frère et la sœur, qui sait, même! entre le père et la fille, entre la mère et le fils! — Il faut répondre, 1° que l'honnêteté publique n'est plus, par elle-même et par elle seule, aujourd'hui comme autrefois, un empêchement de mariage; il nous faut maintenant un texte de loi; 2° que souvent peut-être ces sortes d'actions produiraient, par la publicité même et par le danger de leurs moyens et de leurs preuves, autant et plus de mal que le scandale qu'elles auraient pour but d'empêcher; 3° qu'en tout cas enfin, si la loi est insuffisante et incomplète, ce n'est point aux magistrats qu'il appartient de la réformer (Nîmes. 3 déc. 1811, R.... C. sa fille, Sirey, 1812, II, 438; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. II, art. 3, n° 23; Delvincourt, t. I, p. 63, note 8; Duranton, t. II, n° 166; Valette sur Proudhon, t. II, p. 178-180; Zachariæ, t. IV, p. 58, note 10 et p. 68).

Je ne nierai pas combien cette opinion me paraît fortement motivée; et peut-être même faut-il dire qu'elle serait, en droit pur, la plus rationnelle, la plus juridique; mais voyons pourtant ce que peut répondre l'opinion contraire: les articles 161, 162 prohibent le mariage entre tous les ascendants et descendants légitimes ou *naturels*, entre le frère et la sœur légitimes ou *naturels*, sans rien ajouter de plus, sans déterminer le genre de preuve par lequel la parenté naturelle devra être constatée; or, ce silence est très-remarquable; les autres articles du Code, en effet, ou presque tous, lorsqu'ils s'oc-

cupent des enfants naturels, ne manquent jamais d'ajouter: *légalement reconnus* (art. 331, 383 et 756). Si l'article 908 ne reproduit pas ces mots, c'est qu'il n'est lui-même qu'un simple renvoi à l'article 756. Et qu'on ne cherche pas à expliquer le silence des articles 161, 162, en disant que les rédacteurs du Code Napoléon ne savaient pas encore à l'époque où furent rédigés ces articles, quelles sortes de preuves seraient admises pour établir la parenté naturelle. Ils n'en pouvaient pas moins sans doute exiger, dès ce moment, que cette parenté fût prouvée de la manière qui serait déterminée ultérieurement; ils ne l'ont pas fait pourtant, et ce n'est point par oubli; car la Cour d'appel de Lyon avait demandé « que la prohibition fût limitée aux enfants légalement reconnus, afin de prévenir les recherches souvent calomnieuses et toujours scandaleuses que la haine ou l'avidité pourrait faire d'une paternité ou d'une maternité ignorée ou supposée. » — Eh bien, ces motifs-là n'ont pas déterminé le législateur, non pas certes qu'ils ne soient très-sérieux; mais c'est qu'il y en a d'autres aussi, et non moins graves, en faveur du parti qu'on a finalement adopté. C'est qu'il y a de ces scandales si révoltants, qu'il faut, je dirais presque à tout prix, les rendre impossibles ! c'est qu'il ne peut pas se faire qu'un officier de l'état civil soit obligé de célébrer, au nom de la loi, le mariage d'un frère avec sa sœur, d'un père avec sa fille, lorsque les rapports de parenté sont, en fait, certains et notoires !

Toutes les législations ont reconnu cette nécessité impérieuse.... *Nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis uxorem ducere potest, etsi dubitetur patrem eum esse* (L. 14, § 2, ff. *de Ritu nupt.;* Inst., § 10, *de Nuptiis*).

Le Code Napoléon, par exemple, déclare nulle absolument la reconnaissance, même par acte authentique, d'un enfant adultérin ou incestueux (art. 335, 342; Cass., 4 déc. 1837, M... C. G..., Dev., 1838, I, 29); et

pourtant qui voudrait autoriser le mariage entre le père incestueux ou adultérin et sa fille, qu'il aurait reconnue par acte notarié! Il n'est pas certain pour tous que la possession d'état fasse preuve de la filiation naturelle à l'égard de la mère; quant au père, l'opinion unanime la déclare tout à fait inefficace (*Rev. de Législ. et de Jurisp.*, t. I, p. 427); et pourtant, qui voudrait autoriser le mariage de la femme ou même de l'homme avec son enfant, si en effet une possession d'état certaine et notoire le déclarait tel? donc, le sujet, qui nous occupe, est à cet égard spécial, et tous les systèmes sont obligés de lui faire des concessions. Aussi la loi a-t-elle confié à l'appréciation souveraine et discrétionnaire des magistrats le point de savoir si la parenté naturelle existe; c'est à leur sagesse, à leur prudence qu'il appartient d'admettre ou de rejeter, suivant les cas, tel ou tel genre de preuve, suivant les inconvénients plus ou moins grands qu'il pourrait, en fait, présenter.

Il faut dès lors en conclure que le procureur impérial aura le droit de former lui-même opposition (*infra*, n° 151), et de prouver ainsi la parenté naturelle. Cette doctrine, d'ailleurs, exclusivement limitée aux empêchements de mariage, n'offre pas, à beaucoup près, tous les dangers qu'elle aurait eus dans son application à l'état même des enfants et aux droits d'aliments ou de successibilité qui en dérivent. — Telle est cette seconde opinion, moins rigoureusement logique, je le crois, mais défendue pourtant aussi par des raisons puissantes et qui, dans la pratique, triompherait certainement, si en effet les magistrats pensaient qu'il s'agit pour eux d'empêcher un abominable inceste! (Cass., 6 avril 1809, Ferrand, D., 1809, I, 177; Caen, 3 avril 1833, 4e chambre, Desbeaux, *Dict. de la Jurisp. de Caen*, t. II, p. 643; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Empêchement*, § 4, art. 4; Proudhon, t. II, p. 178; Vazeille, t. I, n° 107; *voy.* aussi Cass., 25 mars 1843, Rieux, Dev., 1843, I, 530).

108. — Au reste, cet empêchement, dès qu'il existe, ne peut être que dirimant; de chaque manière donc que la parenté naturelle soit prouvée, le mariage même déjà célébré devait être déclaré nul (art. 184).

Que décider, pourtant, si l'un des époux a été, depuis la célébration du mariage, reconnu comme enfant naturel par le père ou la mère de son conjoint? De deux choses l'une : ou la reconnaissance sera contestée et annulée (art. 339), et alors le mariage continuera d'être valable; ou la reconnaissance ne sera pas contestée, ou bien, après contestation, elle sera maintenue, et alors le mariage se trouvant avoir été contracté entre le frère et la sœur, devra être annulé, sauf à produire ses effets civils, si les époux ou l'un d'eux étaient de bonne foi (art. 201, 202); car la reconnaissance ne crée pas la parenté, bien entendu; elle ne fait que la déclarer antérieure et préexistante (Nîmes, 3 déc. 1811, R... C. sa fille, Sirey, 1812, II, 438; Duranton, t. II, n° 167; Zachariæ, t. IV, p. 66, note 16).

109. — Tout ce que je viens de dire s'applique à la parenté légitime ou naturelle.

Quant à la parenté, dite *civile* ou *fictive*, résultant de l'adoption, l'article 348 est ainsi conçu :

« L'adopté restera dans sa famille naturelle et y con« servera tous ses droits; néanmoins le mariage est « prohibé :

« Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants;

« Entre les enfants adoptifs du même individu;

« Entre l'adopté et les enfants qui pourraient surve« nir à l'adoptant;

« Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réci« proquement entre l'adoptant et le conjoint de l'a« dopté. »

Ces empêchements sont fondés sur ce que l'adoption produit, entre l'adoptant et l'adopté, l'image de la parenté véritable, et à l'égard des autres personnes dési-

gnées par cet article, sur la nécessité de maintenir, entre ceux qui vivent sous le même toit, la pureté des relations.

Ces deux motifs pourraient expliquer pourquoi la loi n'a pas défendu le mariage : 1° entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant (Delvincourt, t. I, p. 63, note 8; Duranton, t. II, n° 173, note 1; Vazeille, t. I, n° 109); 2° entre l'adopté et les enfants *naturels* de l'adoptant; car, je crois, malgré l'avis contraire de Duranton (t. II, n° 173, note 2), qu'il n'y a pas non plus d'empêchement dans ce second cas; la loi n'ajoutant pas, comme elle l'a fait dans les articles 161, 162, légitimes ou *naturels*. Voilà bien pourquoi déjà nous n'avons pas tenu compte de la parenté, simplement naturelle dans le cas de l'article 163 (*supra*, n° 106). On peut dire que l'adoption ne produit pas d'effet entre l'adopté et les ascendants, ou les enfants naturels de l'adoptant, et que la communauté d'habitation, surtout avec ceux-ci, n'est pas le fait le plus ordinaire. Il est permis assurément de regretter, malgré ces motifs tels quels, que l'empêchement n'existe pas; mais il nous est défendu de le créer (Zachariæ, t. III, p. 273, note 2; *infra*, n° 338).

110. — B. Qu'est-ce que l'alliance, et quels sont les empêchements qui en résultent?

L'alliance, qu'on nomme aussi quelquefois encore l'*affinité*, est le lien juridique qui unit l'un des époux et les parents de l'autre.

Proudhon considère comme alliés entre eux les époux eux-mêmes (t. I, p. 360 et 364). — A la bonne heure; mais la vérité est que le mari et la femme ne sont ni parents ni alliés; c'est un lien spécial qui les unit. Ils sont époux, ils ne font qu'un; *erunt duo in carne una!* Aussi forment-ils une classe à part, distincte de celles des parents et des alliés (art. 268 procéd.; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 207).

C'est, dis-je, par le mariage que l'alliance s'établit en-

tre *chacun des époux et les parents de l'autre*. Je crois en effet que telle est l'espèce d'alliance à laquelle toutes nos lois se réfèrent, et que c'est seulement dans cette limite et sous ces conditions, qu'elles reconnaissent l'alliance proprement dite; je vais bientôt essayer de le prouver (*infra*, n° 112).

L'alliance, par elle-même, n'a point de lignes ni de degrés, *gradus affinitatis nulli sunt* (L. 4, § 5, ff. *de Grad. et Affin.*); elle ne saurait en avoir, puisque les lignes et les degrés se forment par les générations (art. 735), et qu'il n'y a pas de générations entre l'un des époux et les parents de l'autre. Mais l'alliance emprunte à la parenté ses lignes et ses degrés; voulez-vous savoir dans quelle ligne et à quel degré je suis allié de tel parent de mon conjoint? cherchez dans quelle ligne et à quel degré mon conjoint se rattache lui-même à ce parent, et vous saurez la ligne et le degré de mon alliance. Cela dérive du caractère essentiel de cette espèce de lien, image affaiblie de la parenté, et qui résulte précisément de cette association indivisible, qui réunit les époux et qui fait que tous les liens de l'un deviennent aussi les liens de l'autre.

111. — L'alliance ne produit certes pas, à beaucoup près, les mêmes effets que la parenté; et par exemple, la loi n'y attache aucun droit en matière de succession *ab intestat* (art. 731); mais elle a pourtant aussi un certain nombre d'effets importants : soit en matière de tutelle pour la composition du conseil de famille (art. 407-409); soit surtout quant aux divers empêchements ou incapacités qui en dérivent. (*Voy.* les articles précités, *supra*, n° 102; ajout. art. 380 C. pén.)

Ces incapacités ou empêchements sont en général applicables aussitôt que l'alliance est formée par la célébration du mariage; bien plus, ils cessent même quelquefois d'exister après la dissolution du mariage, qui avait produit l'alliance. Eh bien! au contraire, l'empêchement résultant de l'alliance, et dont nous avons à

nous occuper ici, l'empêchement de mariage a cela de singulier, qu'il ne commence vraiment à exister qu'après la dissolution du mariage d'où l'alliance est résultée (§ 7, Inst., *de Nuptiis*); car, tant que ce mariage existe, il y a bien un autre obstacle à ce que l'un des conjoints épouse l'un des parents de son conjoint! Il y a l'existence même de ce mariage, qui l'empêche d'épouser qui que ce soit (art. 147). Ce n'est donc que lorsque l'un des époux est redevenu libre par la mort de l'autre (art. 227), que l'alliance résultant de son précédent mariage l'empêche de se remarier avec quelques-uns des parents de son ancien conjoint, c'est-à-dire avec quelques-uns de ses alliés à lui-même.

Ces alliés sont, dans la ligne directe, le beau-père, la belle-mère, et tous les ascendants supérieurs, à l'infini (art 161); dans la ligne collatérale, le beau-frère et la belle-sœur seulement (art. 162). Au delà du second degré, l'alliance ne produit donc plus d'empêchement en ligne collatérale; et par exemple, le mariage est permis entre ceux qui ne sont oncle et nièce, tante et neveu que par alliance (comp. art. 161, 162 et 163 ; Cass., 10 nov. 1858, de Chaptal, Dev., 1859, I, 69; Merlin, t. XVI, *Rép.*, v° *Empêch.*, § 4, art. 1, n° 3; Toullier, t. I, n° 538 ; Duranton, t. II, n° 172, Zachariæ, t. III, p. 251).

112. — Paul a vécu en concubinage avec Sophie ; il veut épouser ensuite la sœur, ou la fille, ou la mère de Sophie.... le peut-il?

En d'autres termes, le commerce illicite de deux personnes non mariées forme-t-il une alliance naturelle entre l'un d'eux et les parents de l'autre?

Pour l'affirmative on raisonne ainsi :

Le Code Napoléon n'a pas défini *l'alliance*, *l'affinité;* et il est dès lors vraisemblable qu'il a employé ces mots suivant l'acception qu'ils avaient autrefois ; or, le droit canonique et notre ancien droit civil s'accordaient à reconnaître qu'une espèce d'affinité naturelle résultait

d'un commerce illicite (Pothier, nos 166, 167); donc, c'est en ce sens que doivent être aussi entendus les mots : alliés, dans les articles 161, 162, d'autant plus que ces deux articles assimilent d'ailleurs à tous égards, la parenté et l'alliance, en ce qui concerne les empêchements de mariage. Et la raison et la morale exigeaient qu'il en fût ainsi. Comment! un homme, après avoir publiquement vécu avec une femme, après avoir eu d'elle un enfant reconnu par acte authentique, cet homme pourrait épouser la sœur, ou la fille, ou la mère même de cette femme!... Allez plus loin! supposez que cet homme et cette femme s'étaient mariés, mais que leur mariage a été ensuite déclaré nul. Si l'alliance ne peut naître que du mariage, cet effet n'aura pas été produit dans notre hypothèse, puisque le mariage est nul. Et pourtant, permettrez-vous à cet homme d'épouser la fille ou la mère de celle avec laquelle il avait contracté ce mariage annulé? permettrez-vous à cette femme d'épouser le père ou le fils de celui qu'elle a eu, en fait du moins, pour mari? Ce serait là une telle immoralité, que l'un des partisans de l'opinion contraire se refuse lui-même à la consacrer; mais il confesse ainsi le vice de son système, et cette concession en effet l'a conduit à des contradictions qu'il serait difficile de méconnaître. C'est ainsi qne Duranton, après avoir dit que le Code Napoléon ne reconnaît pas cette espèce d'affinité (n° 158), ajoute ensuite que « si le mariage de deux individus était annulé pour une cause quelconque, il pourrait être interdit à l'un d'eux d'épouser l'enfant de l'autre; » et l'auteur distingue si le mariage annulé produit les effets civils, à raison de la bonne foi des époux (art. 201), ou s'il ne les produit pas : l'empêchement résultant de cette alliance naturelle serait, à ses yeux, dirimant dans le premier cas, mais seulement prohibitif dans le second (n° 159)— Distinction arbitraire et impossible; car l'empêchement existe ou il n'existe pas; si oui, il est toujours dirimant

(art. 161, 162, 184); si non, il n'est pas même prohibitif! Il faut donc considérer cette espèce d'affinité naturelle comme formant un empêchement de mariage, toutes les fois que le commerce illicite, qui l'aura produite, sera suffisamment prouvé (Cass., 6 avril 1809, Ferrand, D., 1809, I, 177; Nîmes, 3 déc. 1811, R.... C. sa fille, Sirey, 1812, II, 438; *voy.* aussi *Observations de Sirey*, Sirey, 1808, II, 274; Delvincourt, t. I, p. 63, note 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 52, 53; Massé et Vergé, t. I, p. 203; Demante, t. I, n° 217 *bis*, I et II).

Je maintiens, malgré ces motifs, la définition que j'ai donnée de l'alliance.

Le Code Napoléon, dit-on, ne s'expliquant point à cet égard, s'en est référé aux anciens principes. Je le reconnais, et j'accepte volontiers la question en ces termes; c'est qu'en effet, de tout temps, on a considéré que l'alliance ne dérivait que du mariage :

Affinitatis causa fit ex nuptiis, dit la loi 4, § 3 et 8, au Digeste, *de Grad. et Affin.*

« L'affinité proprement dite est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre, » dit Pothier (n° 160).

Et cela est logiquement inévitable; d'où dérive donc l'alliance? de cette association intime, de ce *consortium omnis vitæ*, qui, aux yeux de la loi, rend réciproquement communs aux deux époux leurs liens les plus chers. L'alliance, mais c'est l'honneur du mariage! c'est l'attribut de la légitimité! et on ne pourrait pas, sans renverser toutes les règles du droit et de la morale, reconnaître de tels effets à des relations illicites! Aussi, partout dans nos lois, le mot alliés ne s'applique-t-il qu'à l'alliance résultant du mariage (art. 975 C. Nap., 268-283 procéd.). Que diriez-vous de celui qui, pour faire déclarer nul un testament ou pour reprocher un témoin, demanderait à prouver et même offrirait la preuve la plus certaine qu'un tel a vécu en concubinage avec une telle?

Personne sans doute n'élèvera jamais une telle prétention; donc, l'alliance ne résulte pas du concubinage. — Si, dans l'ancien droit, le commerce illicite de deux personnes produisait certains empêchements entre l'une de ces personnes et les parents de l'autre, c'était beaucoup moins par suite d'une espèce d'alliance imparfaite et de quasi-affinité, que par un motif d'honnêteté publique; et la preuve en est, d'une part, que cet empêchement n'existait que lorsque le commerce illicite avait été connu et avait fait scandale dans le public, et d'autre part, que même dans ce cas, il ne produisait pas les mêmes effets que l'empêchement résultant de l'alliance véritable (Pothier, n[os] 162 et 167); or, nous ne pouvons plus admettre aujourd'hui d'autres empêchements que ceux que le Code lui-même a consacrés; et le Code ne prohibe le mariage qu'entre certains *alliés;* et pour les alliés, les articles 161, 162 n'ajoutent pas comme pour les parents, ces mots : *légitimes* ou *naturels;* donc, le commerce illicite, même légalement prouvé, ne saurait créer d'empêchement, puisqu'il n'en résulte ni alliance ni alliés. Nos lois permettent, suivant certaines conditions, de poursuivre et de punir l'adultère; mais on ne voit nulle part qu'il en résulte un empêchement de mariage entre l'un des coupables et les parents de son complice, lors même que l'adultère serait légalement prouvé (*voy.* seulement art. 298).

Au reste, dans le cas d'un mariage déclaré nul, je pense que si les époux (ou l'un d'eux) sont de bonne foi, l'alliance sera au nombre des effets civils que produit alors le mariage, et qu'il y aura lieu d'appliquer les empêchements qui en résultent.

On se récrie ! voilà, dit-on, les époux de bonne foi plus maltraités, plus gênés dans leur liberté que les époux de mauvaise foi! (Aubry et Rau sur Zachariæ, *loc. supra cit.*)

Je ne retourne pas contre les époux le bénéfice introduit en leur faveur; je l'applique seulement tel qu'il leur

est conféré; car on ne saurait diviser les effets civils du mariage. J'avoue d'ailleurs que je saisis avec empressement le moyen légal que nous avons, dans ce cas, d'empêcher de tels mariages. Je voudrais bien aussi, sans doute, les empêcher encore dans le cas où le mariage annulé ne produit pas les effets civils, et dans le cas où la preuve du commerce illicite résulte d'une reconnaissance authentique d'enfant naturel. Mais je ne crois pas que nous en ayons alors le pouvoir, et je viens d'en dire les motifs (comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, vº *Empêch.*, § 4, art. 3, nº 3; Vazeille, t. I, nºs 106-108; Valette sur Proudhon, t. I, p. 402, 403; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, nº 261).

113. — Mais si l'opinion contraire était admise, de quelle manière devrait être prouvé le commerce illicite?

Déjà Pothier disait « que pour prouver suffisamment qu'un homme a, avant son mariage, entretenu un commerce criminel avec une parente de sa femme, il ne suffirait pas *d'établir que c'était le bruit du quartier* (nº 167); » et les partisans de cette opinion sont à peu près d'accord pour enseigner que le commerce devrait être *légalement* prouvé (Nîmes, 3 déc. 1811, R... C. sa fille, Sirey, 1812, II, 438). On ne saurait, en effet, se montrer aujourd'hui moins sévère à cet égard que dans l'ancien droit. Il faudrait donc que les relations illicites entre un individu et la sœur, la fille ou la mère de celle qu'il voudrait épouser, fussent par avances établies, indépendamment de toute preuve testimoniale, par la reconnaissance d'un enfant naturel commun ou par un jugement qui aurait annulé un mariage (Valette sur Proudhon, *loc. sup. cit.*).

Duranton va même jusqu'à distinguer entre ces deux derniers modes de preuves; et en admettant celle qui résulterait d'un jugement prononçant l'annulation d'un mariage (t. II, nº 159), il rejette celle qui ne serait fondée que sur une reconnaissance d'enfant naturel faite

par l'une et l'autre personne (nº 158). « Car le concubinage n'est point *légal*, et il ne saurait produire une *affinité légale...* » — Sans aucun doute, mais la reconnaissance par acte authentique d'un enfant naturel est légale; et il ne s'agit ici que du mode de preuve. Le commerce entre deux individus qui ont de mauvaise foi contracté un mariage annulé ensuite, ce commerce n'est pas *légal* non plus; mais l'acte de célébration, et le jugement qui prononce la nullité, le prouvent *légalement*.

114. — L'alliance, qui ne se forme que par le mariage, ne peut dès lors s'établir qu'entre l'un des époux et ceux des parents de l'autre, qui ont été conçus avant la dissolution du mariage. J'épouse Sophie, fille de Pierre et de Jeanne; Sophie meurt, et c'est seulement après sa mort que Pierre et Jeanne, mon beau-père et ma belle-mère, ont une autre fille, Julie. Cette nouvelle fille sera-t-elle mon alliée, ma belle-sœur? je ne le crois pas. En effet, je ne pourrais être l'allié de Julie que par ma femme; je ne pourrais être son *beau-frère* qu'autant que ma femme aurait été *sa sœur*; or, ma femme étant décédée avant la naissance ou plutôt avant la conception de Julie, n'a jamais été sa parente; la parenté est une relation, un lien, qui ne peut se former qu'entre deux personnes qui coexistent en même temps et simultanément; aussi cette nouvelle fille n'aurait-elle aucun droit à la succession de Sophie (art. 725); ma femme dès lors n'a pas été sa sœur; donc, je ne saurais être son beau-frère.

Ces motifs étant les mêmes dans tous les cas, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas d'enfant de mon mariage avec Sophie, je n'admettrais pas de distinction (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, nº 175).

Il me semble donc que je pourrais épouser Julie, même sans dispense; et ne dites pas que Julie étant la fille de mon beau-père et de ma belle-mère, doit, par eux, devenir ma belle-sœur! — Je ne suis que l'allié de mon beau père et de ma belle-mère; or, l'alliance, comme

nous allons le voir, ne produit pas l'alliance... *affinis affinem non generat* (L. 4, § 3, ff. *de Grad. et Affin.*).

Le droit romain prévoit une hypothèse à peu près semblable : une femme divorcée a une fille depuis la prononciation du divorce; cette fille est-elle l'*alliée*, la *belle-fille* de l'ancien mari de cette femme? c'est le mariage qui produit l'alliance; or, au moment où cette fille a été conçue, le mariage n'existait plus, et sa mère ne tenait désormais par aucun lien à son ancien époux; donc, elle n'est pas son alliée, puisqu'elle ne pourrait se rattacher à lui que par sa mère.... *hæc quidem non est privigna tua* (§ 9, Inst., *de Nuptiis*).

115. — Au reste, il faut bien reconnaître qu'il y a un certain nombre d'unions qui pourraient blesser les convenances et qui n'en sont pas moins permises, par cela même que la loi ne les a pas défendues. L'alliance en effet ne se forme qu'entre l'un des époux et les parents de l'autre époux ; il n'y a donc point d'alliance : 1° entre l'un des époux et les *alliés* de son conjoint; 2° entre les parents eux-mêmes de chacun des époux. Il n'y a point du moins cette alliance légale, cette alliance proprement dite, à laquelle les textes se réfèrent. Dans l'usage, sans doute, dans les habitudes de la société et des familles, on étend plus loin l'effet de ces relations (*voy.* même aussi art. 378 procédure). Mais il n'en faut pas moins tenir pour certain que l'alliance n'existe que sous les conditions et dans les limites que nous venons d'indiquer (Cass., 12 déc. 1840, Lafarge, Dev., 1840. I, 948).

De là il résulte que deux sœurs peuvent se marier l'une au père, l'autre au fils; — que le père peut épouser la belle-mère de son fils, et le fils la belle fille de son père; — que si un gendre veuf se remarie et décède lui-même avant sa seconde femme, son beau-père pourra épouser cette seconde femme; — qu'un homme peut épouser la belle-mère de sa femme décédée — qu'un fils peut épouser la veuve de son père (nous avons vu cet exemple;

et comme il y avait eu un enfant du second mariage du père, le fils est devenu le *beau-père* de *son frère* consanguin !) etc. (Merlin, *Rép.* t. I, v° *Affinité*, et t. XVI, v° *Empêch.*, § 4, art. 3, n° 4; Vazeille, t. I, n° 107; Zachariæ, t. I, p. 178).

C'était précisément pour empêcher ces sortes d'unions que les canonistes, avant le troisième concile de Latran, avaient imaginé trois genres d'affinité (Pothier, n° 161). Mais la vérité est que ces empêchements étaient fondés, non pas sur l'alliance, mais sur des motifs d'honnêteté publique (Pothier, n° 224), et peut-être un peu aussi sur le désir, en multipliant les empêchements, de multiplier les causes de dispenses *et les revenus de la cour de Rome* (Toullier, t. IX, n° 289). Quoi qu'il en soit, j'ai dit déjà que l'honnêteté publique a été appréciée par le législateur lui-même, qu'elle lui a fourni en effet certaines causes d'empêchement, et que nous ne pouvons pas en ajouter d'autres.

116 — Nous avons vu plus haut (n° 109) entre quelles personnes l'adoption crée des empêchements de mariage (art. 348). Entre l'adoptant et l'adopté, l'empêchement résulte de la parenté civile. Mais entre les autres, entre l'adopté par exemple et le conjoint de l'adoptant ou réciproquement, quelle est la cause de l'empêchement? dérive-t-elle d'une sorte d'alliance que l'adoption produirait aussi comme le mariage? La loi ne l'a pas dit; elle se borne à prononcer, entre certaines personnes, des prohibitions de mariage qui pourraient s'expliquer par des considérations de morale, d'honnêteté publique, sans qu'il fût nécessaire d'en induire qu'elle crée, pour tous les autres cas, une véritable alliance entre les mêmes personnes. — La jurisprudence toutefois reconnaît cette alliance; l'adoption en effet crée des rapports de parenté, de paternité et de filiation entre l'adoptant et l'adopté; or, l'alliance n'est-elle pas un effet tacite et virtuel de cette parenté même? (Cass., 2 déc. 1822, Baduel, Sirey, 1823, I, 74; Cass., 30 nov. 1842, préfet du Puy-de-Dôme

C. Prieur, Dev., 1842, I, 916; Cass., 6 déc. 1844, Trioson-Saulnier C. Prieur, Dev., 1845, I, 116; *voy.* toutefois Toulouse, 25 avril 1844, Defos C. Lacroix, D., 1845, II, 103).

117. — Après avoir vu comment et entre qui l'alliance se forme, reste à savoir comment elle finit.

Cesse-t-elle par la mort de l'époux qui la produisait? — Faut-il distinguer : 1° s'il y a ou s'il n'y a pas d'enfants du mariage; 2° si l'époux survivant est encore veuf ou s'est remarié?

Et d'abord, il est évident que l'alliance ne cesse pas nécessairement, et dans tous les cas, par la dissolution du mariage, puisque c'est seulement alors qu'elle commence à produire certains empêchements (*supra*, nos 110, 111).

Mais du moins, cesse-t-elle, s'il ne reste point d'enfants du mariage dissous?

C'est là une question depuis longtemps et même encore aujourd'hui débattue.

Morte ma fille, mort mon gendre, disait Loisel (*Inst. cout.*, t. I, p. 166, édit. de MM. Dupin et Laboulaye; et Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, § 2).

Voici, dans notre droit actuel, la solution qui me paraîtrait la meilleure : l'alliance une fois légalement formée par le mariage, ne peut aussi se dissoudre que légalement; or, nulle part la loi n'a déclaré que l'alliance ne survivrait à la dissolution du mariage, qui l'a produite, qu'autant qu'il resterait des enfants de ce mariage; donc, elle subsiste toujours, même lorsqu'il n'y a pas des enfants. A la vérité, dans certains cas, l'alliance ne produit plus quelques-uns de ses effets; et c'est ainsi par exemple que l'article 206 déclare que l'obligation alimentaire cesse : 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces; 2° lorsque celui des époux, qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés,

Mais cet article, que l'on cite d'ordinaire pour prouver alors la dissolution de l'alliance, prouve lui-même

qu'elle existe toujours; car, d'une part, il ne dit pas que l'*alliance* cesse, et il ne fait cesser au contraire que l'*obligation* qu'elle produisait de fournir des aliments; et, d'autre part, cette obligation cesse également de la part de la belle-mère qui a convolé en secondes noces; c'est-à-dire dans un cas où évidemment l'alliance existe toujours; or, il n'y a pas plus de motif pour dire que l'alliance est rompue par l'article 206 dans un cas que dans l'autre.

La même observation s'applique aux articles 283 et 378 du Code de procédure (comp. Cass., 16 juillet 1810, Chapais, Sirey, 1810, I, 355; Bruxelles, 11 juin 1812, Brixant et Vallit, Sirey, 1813, II, 220; Cass., 24 fév., 1825, Roberjot C. Pollet, Sirey, 1825, I, 273; Caen, 27 septembre 1845, Lefèvre C. le préfet du Calvados, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 703, note 9; *voy.* pourtant en sens contraire Duranton, t. III, n° 458, note 2).

C'est ainsi encore qu'on a décidé que l'alliance existe toujours, même après le décès, sans enfants, de l'époux qui l'avait produite, lorsqu'il s'agit d'apprécier la capacité d'un notaire ou d'un témoin testamentaire (art. 975; Cass., 16 juin 1834, 1re espèce, Mailly; 2me espèce, Vigne, D, 1834, I, 249, 250; Bordeaux, 14 mars 1843, Descombes, Dev., 1843, II, 311), ou d'apprécier la capacité d'un témoin en matière criminelle (Cass., 10 oct. 1839, Peytel, Dev., 1839, I, 955; Cass., 10 mai 1843, Roques, Dev., 1843, I, 434), ou d'apprécier l'alliance entre deux magistrats du même tribunal (Cass., 7 nov. 1840, Grillon, Dev., 1841, I, 88; comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. IV, n° 208).

Je conclus donc que le mariage serait aussi toujours défendu entre les alliés, lors même que l'époux qui a produit l'alliance, serait décédé sans enfants; et cette proposition a même été formellement posée dans l'un des arrêts de cassatiou précités (17 juin 1834, Vigne). Ne serait-il pas en effet révoltant de voir la belle-mère épouser son gendre, même veuf sans enfants! (Comp.,

Paris, 18 mars 1850, Juclier, D., 1851, II, 30; Tribun. civ. de Vienne, 28 déc. 1865, Cony, Dev., 1866, II, 201; Caen, 14 août 1867, Chigouesnel, Dev., 1868, II, 146; Cass., 4 nov. 1868, Hamel, Dev., 1869, I, 18; Oudot, *du Droit de famille*, p. 471).

Je n'excepte point le cas où l'époux survivant, même sans enfants, aurait ensuite contracté un nouveau mariage. L'alliance avec les parents de son premier epoux n'en durerait pas moins toujours, soit pendant l'existence, soit après la dissolution de cet autre mariage (Nîmes, 28 janvier 1831, Vigne C. Augier, Dev., 1831, II, 292, et arrêt de cassation précité). — On dirait en vain que le lien déjà si relâché par la mort du précédent conjoint sans enfants, est vraiment alors détruit par l'effet de ce nouveau mariage qui rend l'époux de plus en plus étranger à la famille de son premier conjoint, et a même presque toujours pour résultat de créer entre eux des mésintelligences. La réponse est toujours la même : où est le texte qui déclare l'allianc détruite dans ce cas? Je sais bien qu'on pourrait me répliquer qu'aucun texte, après tout, n'a défini l'alliance et que la loi ne nous apprend pas plus la manière dont elle se forme que la manière dont elle se dissout. Pourrait-on, dès lors, proposer une conciliation, distinguer entre les différentes hypothèses et déclarer l'alliance maintenue, pour les empêchements de mariage, et dissoute en ce qui concerne la composition des conseils de famille? (Art. 407; Meslé, *des Tutelles*, chap. II, p. 279.) Cette distinction pourrait sembler raisonnable; mais pourtant il ne me paraît pas possible de la justifier logiquement; car dès que l'on reconnaît encore, comme il le faut bien, certains effets de l'alliance, où est le moyen de ne pas les reconnaître tous!

118. — C. Dans quels cas les empêchements, qui résultent de la parenté ou de l'alliance, peuvent-ils être levés par des dispenses?

Le Code Napoléon n'avait d'abord autorisé les dispenses que pour les mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, et aussi entre le grand-oncle et la petite-nièce (*supra*, n° 105); le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs ne pouvait jamais être permis. Ce n'est que depuis la loi du 16 avril 1832, que les dispenses sont également possibles dans ce dernier cas. Cette loi a donc modifié l'article 164 du Code Napoléon, désormais ainsi conçu :

« Néanmoins, il est loisible à l'Empereur de lever, « pour des causes graves, les prohibitions portées par « l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles- « sœurs, et par l'article 163 aux mariages entre l'oncle « et la nièce, la tante et le neveu. »

Ce système d'empêchements avec faculté de dispenses, a été critiqué; si la morale et le bon ordre des familles exigent la prohibition du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur, entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, pourquoi ne point la prononcer d'une manière absolue? si ces mariages, au contraire, ne blessent pas les convenances sociales, pourquoi ne pas les permettre absolument? l'obstacle, en pareil cas, n'est salutaire qu'autant qu'il est insurmontable; autrement il devient lui-même une sorte d'excitation au désordre; et comme l'une des causes les plus graves de dispenses est la grossesse de la femme, les relations illicites se trouvent ainsi tout à la fois provoquées et récompensées. — Ces considérations avaient prévalu dans la loi du 20 septembre 1792 (tit. IV, art. 11); et il paraît même que les auteurs du Code Napoléon avaient eu d'abord le projet de permettre absolument le mariage, du moins entre beaux-frères et belles sœurs (M. Emmery, séance du conseil d'État du 26 fruct. an XI). Quoi qu'il en soit, je préfère, pour mon compte, cette doctrine de certains empêchements avec faculté de dispenses, doctrine reçue et pratiquée déjà sous notre ancien droit. Je crois qu'il est moral et utile

de prononcer, en règle générale, la prohibition du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur, entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ; et je reconnais en même temps que, dans certaines circonstances, il est possible que ces mariages soient convenables et dignes d'être approuvés; mais l'empêchement n'en doit pas moins être et demeurer la règle, pour maintenir la moralité, la pureté dans les relations de la famille. C'est au gouvernement, à sa sagesse, à sa vigilante sévérité, qu'il appartient de donner tort à l'objection qui prétend que la possibilité d'obtenir les dispenses, devient un encouragement au désordre; et, à cet égard, je ne puis qu'applaudir à la circulaire du ministre de la justice du 10 mai 1824 (Sirey, 1829, II, 285), et surtout à celle du 20 avril 1832 (Dev., 1832, II, 219).

« .... Trop souvent, jusqu'à ce jour, on a cru pouvoir invoquer, comme un titre, l'existence antérieure d'un commerce scandaleux; la faveur accordée à de pareils motifs serait un encouragement donné à la corruption des mœurs....

« Les circonstances qui méritent d'être prises en considération, sont surtout celles qui doivent rendre les mariages profitables aux familles ; sans pouvoir embrasser d'avance les motifs divers, dont l'appréciation déterminera ma décision, je crois devoir vous en signaler quelques-uns, qui vous serviront d'exemples : Il faut placer en première ligne l'intérêt des enfants, qui retrouveraient dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère; il convient aussi de faciliter le mariage qui aurait pour résultat de conserver un établissement ou une exploitation, dont la ruine blesserait des intérêts importants à ménager. Enfin, l'union qui devrait procurer à l'un des époux un état ou des moyens d'existence; celle qui tendrait à prévenir ou à terminer un procès, à empêcher un partage nuisible, à faciliter des arrangements de famille, se présenteraient

avec des motifs de nature à lui concilier l'approbation de l'autorité.... »

Tels étaient précisément les motifs que nos anciens auteurs recommandaient eux-mêmes comme les meilleurs pour l'obtention des dispenses (Pothier, nos 283-290; Merlin, *Rép.*, t. III, vo *Dispense*, § 1).

119. — Quant aux conditions et aux formalités à remplir, elles sont réglées par l'arrêté du 20 prairial an XI, et expliquées aussi par la circulaire précitée du 29 avril 1832.

L'arrêté du 20 prairial an XI est ainsi conçu :

Article 1er : « Les dispenses pour se marier avant dix-« huit ans révolus pour les hommes, et quinze ans révo-« lus pour les femmes, et celles pour se marier dans les « degrés prohibés (par les articles 162 et 163 du Code « Napoléon) seront délivrées par le gouvernement sur le « rapport du grand juge. »

Article 2 : « Le commissaire du gouvernement (au-« jourd'hui le procureur impérial) près le tribunal de « l'arrondissement dans lequel les impétrants se propo-« sent de célébrer le mariage, lorsqu'il s'agira de dispen-« ses dans les degrés prohibés, ou de l'arrondissement « dans lequel l'impétrant a son domicile, lorsqu'il s'a-« gira de dispenses d'âge, mettra son avis au pied de la « pétition tendant à obtenir ces dispenses; et elle sera « ensuite adressée au grand juge. »

Articles 3 et 4, relatifs aux dispenses de publication (*infra*, no 184).

Article 5 : « L'arrêté du gouvernement portant la dis-« pense d'âge ou celle dans les degrés prohibés, sera, à « la diligence du commissaire du gouvernement, et en « vertu d'ordonnance du président, enregistré au greffe « du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel le « mariage sera célébré. Une expédition de cet arrêté, « dans lequel il sera fait mention de l'enregistrement, « demeurera annexée à l'acte de célébration de mariage.»

Enfin M. le garde des sceaux termine ainsi sa circulaire précitée.

« Je passe aux formalités purement matérielles : les pièces à produire seront les extraits des actes de naissance des réclamants, légalisés conformément à l'article 45 du Code Napoléon, ou les expéditions des actes de notoriété qui peuvent les suppléer, aux termes des articles 70 et suivants du même Code; et de plus, s'il s'agit de dispenses de parenté, les extraits des actes de naissance et de mariage, indispensables pour établir, d'une manière incontestable, le degré de parenté. Si l'un des futurs a été engagé dans les liens d'un premier mariage, il devra justifier qu'il est libre d'en contracter un nouveau, par la production d'un extrait de l'acte de décès de son conjoint.

« Toute demande doit être, autant que possible, signée par les futurs, par les père et mère ou ascendants, dont le consentement ou le conseil est requis pour le mariage, ou par le tuteur *ad hoc* dans le cas de l'article 159 du Code Napoléon.... »

Pour ce qui concerne les droits à payer au trésor, voyez la loi de finance du 28 avril 1816, art. 55.

120. — L'effet de la dispense est de lever l'empêchement et de rendre légalement possible la célébration du mariage.

Mais à quelle époque faut-il que la dispense soit accordée ? (*Infra*, n° 433.)

Un mariage ainsi contracté avec dispense pourrait-il légitimer l'enfant que le beau-frère et la belle sœur, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, auraient eu antérieurement d'un commerce illicite, et alors par conséquent incestueux? C'est là une difficile et importante question, que nous retrouverons plus tard dans le titre de la paternité et de la filiation, auquel elle appartient (art. 331-333; comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 352 et suiv.).

SECTION VI.

EXISTE-T-IL ENCORE D'AUTRES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE QUE CEUX QUI VIENNENT D'ÊTRE EXPOSÉS DANS LES CINQ SECTIONS PRÉCÉDENTES.

121. — Nous avons, jusqu'à présent, exposé les conditions en général requises dans la personne des futurs époux, par le chapitre premier de notre titre du Code Napoléon. Mais il est quelques conditions exigées encore, dans certains cas, par différents textes : celles-ci très-certaines, celles-là très-controversées. Il nous reste à examiner les unes et les autres, ainsi que les divers empêchements qui en résultent.

1° Et d'abord, que *la vie civile* soit une condition nécessaire et même la première de toutes, c'est là une vérité qui nous est depuis longtemps acquise. Le mort civilement était donc, avant la loi du 31 mai 1854, incapable de contracter mariage (art. 25; t. I, nos 106 et 214; *voy.* aussi *infra*, n° 242.)

J'ai même pensé, contrairement à l'opinion de M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 147), que la privation de l'exercice des droits civils, prononcée par l'article 28 contre le condamné par coutumace à une peine emportant mort civile, créait par cela même un empêchement à son mariage, un empêchement du moins prohibitif. (Comp. notre *Traité de la Publication, des effets, et de l'application des lois en général; de la Jouissance et de la privation des droits civils*, etc., nos 224 et 227).

122. — 2° Nous avons vu qu'on ne peut pas contracter un second mariage avant la dissolution du premier (*supra*, nos 94, 95).

Bien plus, à l'égard de la femme, l'empêchement produit par un précédent mariage subsiste pendant dix mois encore après sa dissolution (art. 228, 296, 297 C. Nap., et art. 194 C. pén.). Cet empêchement était commandé par deux motifs :

1° Il était essentiel de prévenir *turbationem sanguinis...*, *generationis aut seminis incertitudinem* (L. 11, § 1, ff. *De his qui not. infamia*). La loi présume (art. 312-315) que la grossesse de la femme peut durer soit cent quatre-vingts jours ou six mois (terme le plus court), soit trois cents jours ou dix mois (terme le plus long). Supposez donc qu'une femme se remarie dans les quatre mois qui suivent la dissolution de son premier mariage, et qu'elle accouche à une époque telle que la gestation n'ait pas duré plus de dix mois depuis la dissolution du premier mariage et ait duré pourtant six mois depuis la célébration du second !... Il est évident que l'enfant pourrait tout aussi bien appartenir au premier mari qu'au second, tout aussi bien au second mari qu'au premier ! Auquel donc l'attribuer? doutes scandaleux, perplexité déplorable, qu'il importait, sous tous les rapports, d'empêcher ! Nous rechercherons plus tard (sur les articles 312 et 315) comment il serait possible d'en sortir, s'ils se présentaient, dans le cas où le second mariage d'une femme aurait été, malgré la défense de la loi, célébré avant les dix mois, ou, pour mieux dire, avant les trois cents jours depuis la dissolution du premier ;

2° Il était bon et moral aussi d'imposer à la femme le respect des convenances publiques, qui lui commandent, à elle, plus sévèrement encore qu'au mari survivant, de ne point convoler trop tôt à de nouvelles noces après la dissolution d'un mariage antérieur. C'est ce que l'on appelait autrefois *l'année de deuil*, expression qu'on pourrait employer encore aujourd'hui, mais qui eût été, avant la loi du 8 mai 1816, trop restrictive, puisque l'empêchement existait aussi dans le cas de dissolution du mariage par le divorce (art. 296). Ce motif secondaire, qui n'aurait peut-être pas suffi pour déterminer le législateur à créer l'empêchement, peut servir du moins à expliquer pourquoi cet empêchement dure, non pas seulement pendant les quatre premiers mois, mais encore pendant

les dix mois après la dissolution du précédent mariage.

123. — La femme est acouchée le lendemain ou même la veille de la mort de son mari. Lui appliquera-t-on alors l'article 228?

Assurément oui, malgré la décision contraire d'une loi romaine (L. 1, § 2, ff. *De his qui not. infamia*); car notre texte à nous, est absolu; car l'empêchement, quoique créé avant tout pour éviter *confusionem partus*, est fondé encore sur des considérations de pudeur et de décence publique, dans tous les cas, aussi respectables.

124. — Je pense également qu'il faudrait appliquer l'article 228 à l'hypothèse d'un mariage déclaré nul. Direz-vous que le texte de l'article 228 ne comprend que le cas *de dissolution*, et qu'il n'est pas permis de l'étendre à une autre situation, pour restreindre arbitrairement la liberté qui appartient alors à la femme de contracter mariage aussitôt qu'elle le veut? — Mais d'abord je demanderai si vous n'appliqueriez pas du moins l'article 228 à l'hypothèse, où le mariage annulé produirait les effets civils par suite de la bonne foi des époux? La négative semble bien impossible; car cet empêchement est aussi un des effets civils du mariage; il a pour but d'assurer l'état de l'enfant qui pourrait en provenir, et, en tout cas, d'honorer encore ce mariage, même après qu'il n'existe plus; or, le texte de l'article 228 vous manque aussi dans ce cas; ce mariage-là n'a pas été, en effet, *dissous*, si vous employez ce mot dans son acception rigoureuse (art. 227); donc, vous reconnaissez qu'il ne faut pas s'attacher de trop près ici à la lettre seule de la loi. Sans doute l'application de notre article 228 rencontre plus de difficultés, lorsque le mariage annulé ne produit pas les effets civils. Mais pourtant je le croirais encore applicable; le texte n'est pas tel qu'on ne puisse l'étendre, surtout quand les motifs essentiels de la loi se retrouvent absolument identiques; or, un mariage, même

déclaré nul, a, sous certains rapports, existé jusqu'au jugement déclaratif de la nullité ; cette annulation officielle, nécessaire pour qu'il cesse d'exister, pour qu'il soit *dissous* (on peut, à certains égards, le dire), cette annulation ne détruit pas absolument tous les effets de ce mariage ; et, par exemple, les enfants nés de l'union des époux, leur appartiennent ; et la filiation est prouvée indépendamment de tout acte spécial de reconnaissance; donc, les principes, la raison, et la morale sollicitent aussi, pour cette hypothèse, l'application de l'article 228 (Trèves, 30 avril 1806, Julie Crusius, Sirey, 1806, II, 139 ; Duranton, t. II, n° 175, note 1 ; Vazeille, t. I, n° 102 ; Zachariæ, t. III, p. 273).

125. — 3° Le divorce produisait autrefois certains empêchements ; on peut se demander s'ils existent encore aujourd'hui à l'égard des époux divorcés sous l'empire du Code Napoléon et avant la loi du 8 mai 1816, abolitive du divorce.

Voici d'abord comment les articles 295, 297 et 298 étaient conçus :

Article 295 : « Les époux qui divorceront pour quelque « cause que ce soit, ne pourront plus se réunir. »

Article 297 : « Dans le cas de divorce par consente- « ment mutuel, aucun des deux époux ne pourra con- « tracter un nouveau mariage que trois ans après la « prononciation du divorce. »

Art. 298 : « Dans le cas de divorce admis en justice « pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra « jamais se marier avec son complice. »

La question ne saurait se présenter sur l'article 297, puisque cet empêchement n'était que temporaire, et que le terme en est aujourd'hui, et depuis bien longtemps, expiré ; mais il serait possible qu'elle s'élevât encore sur les articles 295 et 298 ; et comme elle offre d'ailleurs, en théorie, un véritable intérêt, il convient de s'en occuper.

Trois opinions sont en présence :

La première enseigne que les articles 295 et 298 ont été tous deux abrogés par la loi du 8 mai 1816, et qu'en conséquence rien ne s'oppose aujourd'hui : 1° à ce que les époux divorcés se réunissent ; 2° à ce que l'époux contre lequel le divorce avait été prononcé pour cause d'adultère, se marie avec son complice : les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes, saisissent tous les individus dès le moment de leur promulgation (*voy.* notre t. I, nos 41-45) ; or, la loi du 8 mai 1816 a bien ce caractère ; donc, elle a dû s'appliquer immédiatement à tous les Français, et lever dès lors les empêchements prononcés par les articles 295 et 297, véritables lois personnelles, qui prononçaient des incapacités qu'elle ne reconnaît plus. Toute loi nouvelle d'ailleurs doit être immédiatement appliquée, à moins qu'elle n'enlève *un droit acquis ;* or, qui donc pourrait ici prétendre que cette application de la loi est rétroactive et viole un droit acquis ? — Les futurs époux ? mais ce sont eux, eux-mêmes ! qui invoquent la loi du 8 mai 1816. — La société, l'État, dans l'intérêt du bon ordre ? mais d'abord, quant à l'article 295, la réunion des époux autrefois divorcés, loin de blesser la morale publique, lui donne, au contraire, une éclatante et salutaire réparation ; et en ce qui concerne l'article 298, s'il est regrettable assurément de voir l'époux divorcé, pour cause d'adultère, épouser son complice, ce mal est aujourd'hui beaucoup moins grand qu'il ne l'eût été à l'époque où le divorce existait encore, par cela même qu'il ne saurait plus être contagieux. Reste donc cette proposition, que les articles 295 et 297 n'existent plus, et que par conséquent on ne peut pas les opposer aux époux antérieurement divorcés (D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. II, art. 4, nos 1-4).

La seconde opinion distingue entre l'article 295 et l'article 298 ; elle permet aux époux divorcés de se réunir ; mais elle défend toujours à l'époux contre lequel le divorce

a été prononcé pour cause d'adultère, de se marier avec son complice : dans le premier cas, l'opinion, qui précède, a raison ; personne n'est intéressé à invoquer l'article 295 ; donc, l'application immédiate de la loi nouvelle n'enlèvera aucun droit acquis, ne sera pas rétroactive. Cet article avait surtout pour but d'empêcher les époux de se quitter et de se reprendre capricieusement et scandaleusement ; il se proposait même aussi, peut-être, de rendre les divorces plus rares en leur imprimant cet effet perpétuel et irréparable ; or, ce but d'*exemplarité* ne peut plus être atteint, puisqu'il n'y a plus de divorce ; donc, l'article 295 est aujourd'hui sans motif. Et bien plus, il serait même, à présent, contraire à la morale, à l'intérêt des enfants, s'il y en a, et surtout au vœu très-certain du législateur de 1816, qui désirait, sans aucun doute, effacer autant que possible, même dans le passé, les traces des divorces antérieurs. — Mais il en est autrement de l'article 298. La société a toujours intérêt à ce qu'un délit ne trouve pas sa récompense et à empêcher un scandale ; or, même aujourd'hui, ce serait un spectacle affligeant pour la morale publique, de voir l'époux dont l'adultère a causé le divorce, épouser son complice ; donc, la société a toujours intérêt au maintien de cette prohibition véritablement pénale (Delvincourt, t. I, p. 64, note 6 ; Vazeille, t. I, n° 103 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 406, note *a*, et p. 407, note 6 ; Marcadé, t. II, p. 45, n° 4).

Je pense, pour mon compte, que la loi du 8 mai 1815 a laissé subsister les deux empêchements : du texte même de l'article 2 de cette loi, il résulte que les divorces antérieurement prononcés conserveront tous leurs effets ; or, les empêchements décrétés par les articles 295 et 298 étaient des effets du divorce ; donc ils sont maintenus par la loi même qui a abrogé le divorce pour l'avenir. — Et n'objectez pas que les articles 295 et 298 n'existent plus, qu'ils sont abrogés avec le titre entier du divorce. — La loi du 8 mai 1816 ne touche pas au passé ; elle

laisse aux époux divorcés la liberté que le divorce leur a faite de se remarier ; mais elle maintient aussi les empêchements qui en ont restreint l'exercice. Elle supprime, pour l'avenir, le divorce. Mais le divorce antérieur, elle le respecte, elle le maintient ; et tout le titre du divorce restera debout pour le régler même dans l'avenir. Le législateur de 1816 aurait pu sans doute abroger ces empêchements ou l'un d'eux ; il l'aurait pu, j'en conviens, sans injustice (*voy.* notre tome I, n°s 48, 49). J'aurais même désiré qu'il abrogeât l'article 295 ; mais enfin, ce qu'il aurait pu faire, il ne l'a pas fait ; et les motifs qui l'en ont sans doute empêché, je les apprécie bien d'ailleurs moi-même. D'abord, pourquoi il a maintenu l'empêchement prononcé par l'article 298, chacun le comprend de suite ; et, pour ce qui est de l'article 295, remarquez que cette disposition ne se proposait pas seulement d'empêcher les divorces faits à la légère et avec la pensée d'un rapprochement possible ; elle était aussi fondée sur la certitude acquise que les deux époux ne se convenaient pas, et sur ce qu'après avoir eu le triste spectacle de leurs dissensions et de l'irrémédiable incompatibilité de leurs caractères, la société, à son tour, était fondée à ne vouloir pas recommencer l'expérience ; or, ce motif-là a survécu à l'abolition du divorce (comp. Paris, 14 juin 1847, Parein, Dev., 1847, II, 400 ; Toullier, t. I, n° 651 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 74 ; Duvergier, *Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 24 ; *voy.* aussi Merlin, *Rép.*, v° *Empêch.*, § 4, art. 9).

126. — Mais faut-il appliquer l'article 298 à la séparation de corps ; et l'époux contre lequel la séparation a été obtenue pour cause d'adultère, doit-il être empêché de se marier avec son complice, après le décès de l'autre époux ?

Oui, a-t-on répondu, les mêmes causes doivent produire les mêmes effets ; or, la séparation de corps est prononcée pour les mêmes causes que le divorce (art. 306).

La séparation de corps, d'ailleurs, a été introduite pour remplacer le divorce, dans l'intérêt des époux auxquels leurs croyances religieuses défendraient de recourir à ce mode de dissolution; elle doit donc, à leur égard, produire les mêmes conséquences ; et l'extrême laconisme de notre Code, dans le chapitre de la séparation de corps, l'évidente insuffisance de ce chapitre seraient inexplicables, si en effet le législateur n'avait pas entendu se référer aux articles du divorce. Enfin, les motifs de décence et de moralité publique ne sont-ils pas aussi les mêmes dans les deux cas? (Delvincourt, t. I, p. 64, note 6; Vazeille, t. I, n° 108.)

Il n'en est pas ainsi pourtant : le texte de l'article 298 ne s'applique que *dans le cas de divorce admis en justice ;* or, c'est là une disposition pénale qu'il est d'autant plus impossible d'étendre à la séparation de corps, qu'il n'y a pas non plus identité de motifs. Le divorce opérait la dissolution du mariage, et donnait immédiatement à chacun des époux la faculté de se marier. Eh bien ! la loi n'avait pas voulu que l'adultère, lorsqu'il avait été lui-même la cause du divorce, trouvât une satisfaction et une récompense dans le mal qu'il avait fait, dans la peine qui venait de l'atteindre ; elle n'avait pas voulu surtout qu'il fût de la sorte enhardi et presque encouragé; or, la séparation de corps ne dissout point le mariage ; donc, il n'y a pas lieu de craindre alors que l'adultère puisse scandaleusement profiter du malheur même qu'il a causé. Notre ancien droit, il est vrai, avait, sous certaines conditions du moins, créé un empêchement entre l'époux adultère et son complice, à quelque époque et par quelque cause que le mariage, pendant lequel l'adultère avait été commis, vînt ensuite à se dissoudre (Pothier, n° 231 ; Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Empêch.*, § 4, p. 555) ; mais le Code Napoléon n'avait conservé cet empêchement que dans le cas spécial de l'article 298.

Les partisans de l'opinion, que je propose, s'étaient

encore prévalus, jusque dans ces derniers temps, de la jurisprudence de la Cour de cassation qui refusait d'appliquer à la séparation de corps l'article 299, qui porte que « l'*époux, contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits ;* » (Lefoulon C. Brée, Dev., 1843, I, 728); et c'était là une preuve de plus en effet, et très-puissante, que les dispositions pénales du titre du divorce ne doivent pas être étendues à la séparation de corps. Mais le solennel arrêt par lequel la Cour suprême a changé sa jurisprudence, nous enlève cette autorité (Cass., 23 mai 1845, Lefoulon, Dev., 1845, I, 321). Je me réserve d'examiner bientôt cette question capitale de la *révocation* ou de la *révocabilité* des avantages entre époux par l'effet de la séparation de corps Mais devons-nous conclure de ce nouvel arrêt de la Cour de cassation, que, sur la question actuelle, sa jurisprudence serait aussi contre nous, et qu'elle appliquerait à la séparation de corps l'article 298, comme elle vient d'y appliquer l'article 299? C'est bien là, je le crois, la conséquence qu'en déduirait M. Vazeille, qui depuis longtemps appelait à son aide la jurisprudence de la haute Cour dans la voie où elle vient d'entrer (Vazeille, t. I, n° 103, p. 122); et je dois aussi convenir que les motifs de l'arrêt de cassation du 23 mai 1845, sont tels, qu'ils fournissent ici même de sérieux arguments à l'opinion que j'essaye de combattre. J'y reviendrai, dis-je, bientôt (*infra, de la Séparation de corps*) ; mais je n'en persiste pas moins, dès maintenant, à croire que, dans tous les cas, l'article 298 ne devrait pas être appliqué à la séparation de corps (Duranton, t. II. n° 179; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 214; Aubry et Rau, t. IV, p. 75).

127. — 4° L'individu interdit pour cause d'imbécillité, de démence et de fureur, peut-il contracter mariage pendant un intervalle lucide? (Art. 489.) Ou au contraire, l'interdiction forme-t-elle toujours, par elle-

même et par elle seule, un empêchement de mariage?

Question pleine d'intérêt, mais aussi de difficultés et de controverses.

Les moyens que la discussion doit mettre en scène, sont de trois sortes; ils peuvent être déduits : 1° des textes mêmes de la loi et des discussions qui les ont préparés ; 2° des principes généraux du droit; 3° de diverses considérations d'équité, d'humanité, peut-être même aussi de physiologie et de médecine légale.

C'est sous ces trois points de vue que je vais successivement examiner les différents systèmes qui peuvent être présentés :

A. — Une première opinion, générale et très-accréditée, professe que l'interdiction forme, dans tous les cas, un empêchement de mariage :

1° Tous les textes le veulent unanimement ainsi : — et l'article 502, qui déclare nuls de droit *tous actes passés par l'interdit* depuis le jugement d'interdiction.... *tous actes*, sans exception aucune ; — et l'article 146 : « Il n'y « a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consente- « ment; » or, l'interdit est légalement incapable de consentir, même pendant ses intervalles lucides (489, 502); — et l'article 174-2° : « Lorsque l'opposition est fondée « sur l'état de démence du futur époux, cette opposition, « dont le tribunal pourra prononcer la mainlevée pure « et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par « l'opposant, de provoquer l'interdiction.... » donc, si l'interdiction est prononcée, l'opposition triomphera; donc, l'interdiction est un empêchement de mariage.

Les travaux préparatoires du Code Napoléon attestent, d'ailleurs, la vérité de cette interprétation. Dans le projet de l'an VIII, l'article 6 (tit. V, chap. I), déclarait que « l'interdit, pour cause de démence ou de fureur, est in- « capable de contracter mariage. » (P. 26 du projet de C. civ., présenté le 26 thermidor an VIII.)

L'article 3 du projet de la commission du conseil d'État reproduisait cet empêchement presque dans les mêmes termes : « Sont incapables de contracter mariage : 1° l'interdit pour cause de démence ou de fureur ; 2° les sourds-muets de naissance, à moins qu'il ne soit constaté qu'ils sont capables de manifester leur volonté ; 3° l'individu frappé d'une condamnation emportant mort civile, même pendant la durée du temps qui lui est accordé pour purger la contumace. »

Pourquoi donc cet article n'a-t-il point passé dans la rédaction définitive du Code Napoléon ? Écoutez les procès-verbaux du conseil d'État : « Parce que ces deux premières dispositions ne sont que les conséquences naturelles de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable, et que la troisième concerne un cas qui est réglé au titre de la jouissance et de la privation des droits civils. » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 312, 322 et 451 ; Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, t. IX, p. 12.)

Cette observation du consul Cambacérès prouve bien que si l'article 3 du projet a été retranché, c'est uniquement parce qu'on a considéré qu'il était inutile de défendre spécialement le mariage de l'interdit, déjà défendu par la disposition générale de l'article 146. Et cela est si vrai que le Tribunat, lors de la communication officieuse qui lui fut faite du projet (le 7 messidor an x), demanda aussi un article qui *établît comme règle certaine que l'interdit pour cause de démence est, en fait de mariage, hors d'état de donner un consentement valable, lors même qu'il aurait des intervalles lucides.* Mais le conseil d'État persista à penser que la disposition, qui exigeait le consentement, était suffisante (Fenet, t. IX, p. 118). Enfin, plus tard encore et dans *l'exposé des motifs* du titre *de la Majorité, de l'Interdiction et du Conseil judiciaire* (liv. I, tit. xi), l'orateur du gouvernement (M. Emmery) a déclaré que l'interdit était incapable de contracter mariage (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 354).

2° Cette solution est également réclamée par les principes nouveaux du Code Napoléon en matière d'interdiction, principes différents, en effet, de ceux qu'avaient consacrés les législations antérieures. Le droit romain (L. 6, Cod., *de Curatore furiosi*), et même aussi notre ancienne jurisprudence française (Pothier, *du Contr. de mariage*, n° 92; *des Oblig.*, n°s 50, 51 ; Despeisses, t. I, p. 276), reconnaissaient des intervalles lucides, pendant lesquels l'interdit recouvrait, en même temps que sa raison, la capacité légale de consentir et d'exercer lui-même ses droits civils. Aujourd'hui, au contraire, l'incapacité juridique de l'interdit est continue et permanente (art. 489, 502, 1125); le jugement d'interdiction crée une présomption légale de l'espèce de celles contre lesquelles aucune preuve contraire n'est admise (art. 1350-1352), la présomption que l'interdit est toujours, sans intervalle et sans intermittence, dans un état d'imbécillité, de démence ou de fureur. Ne demandez donc pas à prouver qu'en fait il était sensé et capable d'exprimer une volonté ; en droit, il ne l'était pas ; il était toujours incapable de donner un consentement légal, un consentement civil ; donc, il était toujours incapable de contracter mariage.

3° Et la théorie du Code Napoléon, sur ce point, est certainement plus sage, et aussi plus philosophique et plus rationnelle que celle de l'ancien droit. Des intervalles lucides ! mais d'abord est-il bien sûr qu'il y en ait dans une organisation, dont l'état *habituel* est la démence, la fureur, l'imbécillité surtout ? cet état n'est-il pas la preuve d'une altération interne et d'une lésion toujours permanente, alors même qu'elle ne se révèle, pour le moment, par aucun signe extérieur ? Et puis, à supposer qu'il y ait effectivement des intervalles de raison assez sûrs pour que la loi elle-même en tienne compte, quel sera le moyen de les reconnaître ? où marquer la limite entre la folie et la raison, *in confinio furoris et sanitatis !*

(L. 6, Cod., *de Curat. fur.*) Voilà les motifs pleins de prudence et de vérité, sur lesquels repose cette incapacité légale, cette incapacité persévérante de l'interdit ; il ne pourrait donc, en aucun cas, faire un prêt, une vente, ni même un simple bail ; et on voudrait qu'il pût se marier, c'est-à-dire qu'il pût engager sa personne et toute son existence d'une manière irréparable !

4° Si le Code Napoléon eût autorisé le mariage de l'interdit, même pendant un intervalle lucide, il n'aurait pas manqué sans doute d'expliquer, ainsi qu'il l'a fait pour le mineur (art. 148, 160, 1309, 1398), comment et par qui les conventions matrimoniales seraient consenties ou approuvées ; si le mariage lui-même ne devrait pas être agréé par le conseil de famille, et par quelles personnes la nullité en pourrait être demandée. Or, le Code Napoléon garde sur tous ces points un silence complet ; aussi les opinions contraires, après avoir admis en principe que l'interdit peut se marier, se trouvent-elles aussitôt dans le plus grand embarras pour régler, dans sa personne, l'exercice de cette faculté : les unes lui permettant de se marier sans le consentement de personne ; les autres exigeant pour lui, comme pour le mineur, le consentement du conseil de famille ; toutes, enfin, incertaines sur le point de savoir à qui appartiendra l'action en nullité ! Le législateur, assurément, n'eût pas commis de telles imprévoyances, s'il avait voulu permettre à l'interdit de se marier.

5° Cette solution pourra quelquefois être fâcheuse, il est vrai ; mais, si en effet le mariage est avantageux et désirable, si la situation morale de l'interdit est telle qu'il puisse lui-même l'apprécier et y consentir, eh bien ! alors poursuivez la mainlevée de l'interdiction ; qu'on se montre facile pour la prononcer, afin précisément de faciliter le mariage ; à la bonne heure ! Mais si vous ne pouvez pas, même dans de semblables circonstances et pour un tel motif, si vous ne pouvez pas réussir à faire

lever l'interdiction, oh! c'est qu'il sera reconnu que le dérangement des facultés intellectuelles est en effet exclusif d'une manifestation de volonté sérieuse et intelligente. Le système contraire n'a-t-il donc pas, d'ailleurs, ses inconvénients aussi et ses dangers? Ne livre-t-il pas les malheureux interdits à des manœuvres, à des spéculations dont le succès serait d'autant plus facile, que six mois de résidence dans une commune suffisent pour pouvoir y contracter mariage (art. 74, 167), et que par conséquent l'interdit pourrait ainsi échapper à toute surveillance; et ne serait-ce pas, enfin, presque toujours un déplorable spectacle que celui du mariage d'un interdit, incapable de comprendre et de remplir les devoirs de la famille, et d'y exercer, surtout, si c'est le mari, ses droits de chef, ses obligations d'époux et de père! ne serait-ce point là un désordre et presque une profanation! (Cass., 28 déc. 1831, de Villers, D., 1832, I, 28; Delvincourt, t. I, p. 55, note 1; Toullier, t. I, n° 502, note 2; Proudhon, t. I, p. 375 et 437; t. II, p 531; Duranton, t. II, n°s 27-34; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. I, art. 2, § 4, n°s 1-6; Vazeille, t. I, p. 88-90; *voy.* aussi Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Empêch.*, § 3, n° 1; *Revue de législ.* de M. Wolowski, tome de 1845, p. 239, article de M. Pont; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 205; Vaugeois, *Revue pratique de droit français*, 1866, t. XXI, p. 473, 7 juin.)

B. — Ces motifs sont fort graves; et je ne suis pas surpris des suffrages nombreux et imposants qu'ils ont obtenus; je serais néanmoins porté vers l'opinion contraire, et je vais dire pourquoi:

1° Les textes invoqués en faveur de l'empêchement, ne me paraissent pas décisifs: — ni l'article 502, d'abord parce que, littéralement même, il ne s'applique pas au mariage, parce qu'on n'a jamais dit d'une personne qui se marie, qu'elle *passe un acte;* en second lieu, parce qu'en effet cet article a surtout en vue les actes concer-

nant la gestion, l'administration du patrimoine, les actes qui peuvent, ainsi que je vais l'expliquer, être valablement faits aussi bien par le tuteur que par l'interdit lui-même ; en troisième lieu, enfin, parce que, si on appliquait l'article 502 au mariage de l'interdit, il faudrait logiquement y appliquer aussi toute la théorie de l'interdiction, l'article 1304 par exemple, d'après lequel l'interdit aurait *dix ans,* à compter de la mainlevée de l'interdiction, pour demander la nullité d'un mariage par lui contracté même pendant un intervalle lucide (Duranton, t. II, n° 32); ce qui serait très-malheureusement transporter dans le titre *du Mariage*, titre spécial et complet, où la loi a tout réglé et tout prévu, des dispositions qui y sont étrangères; — ni l'article 146, qui déclare sans doute qu'il n'y a pas de mariage sans consentement, mais qui ne prouve plus rien dans notre question, dès qu'il est une fois établi que l'article 502 ne s'applique pas au mariage et qu'il n'y a pas ici contre l'interdit de présomption légale d'impossibilité de consentir, puisque dès lors le point de savoir s'il y a consentement devient pour l'interdit, comme pour tout autre, une question de fait et de circonstance; — ni l'article 174 enfin, où je vois bien que la démence elle-même est un obstacle au consentement, et que l'opposition fondée sur ce motif doit, afin de prouver la démence, poursuivre l'interdiction; mais en résulte-t-il que l'interdiction elle-même et toute seule, indépendamment de la démence, constitue un empêchement ? c'est ce que l'article 174 ne me paraît pas supposer ; et après avoir gardé jusqu'à ce moment la défensive, j'attaque à mon tour, et je demande pourquoi, aux termes de l'article 175, le tuteur d'un interdit qui va se marier, ne peut former opposition *qu'autant qu'il y a été autorisé par un conseil de famille ?* Car voilà très-certainement et de l'aveu même de l'opinion contraire (Marcadé, t. II, art. 175, n° 2), ce qui résulte de cet article. Comment ! le mariage de l'interdit est, dites-

vous, toujours et dans tous les cas, impossible ? l'interdiction est, à elle seule, un empêchement permanent, un empêchement tel que, suivant certains auteurs, le mariage d'un interdit serait non pas même *annulable*, mais *nul* et *non existant !* Et pourtant il faudra au tuteur, pour s'y opposer, une autorisation de la famille ; mais en vérité, cela serait inexplicable, et je conclus précisément de cet article que le mariage de l'interdit n'est pas absolument défendu. — Tels sont les textes, telle est la loi ; et je ne pense pas que l'argument historique tiré des discussions du conseil d'État et des diverses rédactions qui furent successivement adoptées et retranchées, puisse changer aujourd'hui l'autorité législative de nos articles et créer une incapacité qui, finalement et quels qu'aient pu être les discours prononcés, ne s'y trouve pas écrite ; le résultat est toujours, en pareil cas, au milieu des contradictions et des obscurités presque inévitables des procès-verbaux de ce genre, le résultat, dis-je, est toujours ce qu'il y a de plus positif et de plus certain et surtout ce qu'il y a seulement de légal et d'obligatoire.

2° Cette doctrine d'ailleurs me paraît la plus conforme à notre ancien droit, sous l'empire duquel l'interdit, d'après l'opinion la plus générale, pouvait effectivement se marier pendant un intervalle lucide ; à l'autorité de Pothier et de Despeisses, cités plus haut, on peut ajouter celle d'Augeard (*Arrêts notables*, t. I, quest. 60, p. 126), et la curieuse espèce qu'il rapporte d'une femme en démence (*Esther de Serrières*), qui s'était deux fois mariée et avait aussi deux fois retrouvé la raison dans le mariage ; je conviens toutefois que quelques auteurs anciens d'un grand crédit enseignaient l'opinion contraire (*Nouveau Denizart*, t. VII, p. 528, v° *Empêch. de mar.*, § 4, n° 6). — On objecte que la théorie du Code Napoléon sur l'interdiction est bien différente. — A la bonne heure ; mais pourtant, il ne faudrait pas non plus l'exagérer. Or, est-il donc vrai que l'interdit soit, toujours et

pour tous les cas, sous le coup d'une présomption d'incapacité permanente, générale et indistincte ? Il y a, je le sais bien, beaucoup d'opinions qui l'enseignent ; à ce point même que l'on a été jusqu'à dire (Leseyllier, *Traité du Droit criminel*, t. I, chap. 1, n° 46) que cette présomption légale purgeait de toute criminalité les méfaits commis pendant l'interdiction, et dégageait en conséquence l'interdit de toute responsabilité envers la loi pénale.

Mais d'abord, et quant à cette dernière proposition, je n'hésite pas à croire que l'interdiction organisée par les articles 489 et suivants du Code Napoléon, n'a d'effet qu'en matière civile : soit parce que l'article 64 du Code pénal exige, pour qu'il n'y ait ni crime ni délit, que le prévenu fût *en état de démence au temps de l'action*, et qu'il en fait toujours ainsi une question d'appréciation et de circonstances, indépendante de tout jugement d'interdiction civile; soit parce que l'article 66, relatif à l'accusé âgé de moins de seize ans, prouve encore qu'en effet les principes de la minorité et de l'incapacité civiles ne sont pas applicables en matière criminelle (ajout. même art. 1307, C. Nap.); soit enfin parce que la doctrine contraire offrirait les plus redoutables périls pour la société (Valette sur Proudhon, t. II, p. 516, note 11).

Mais, même en matière civile, la présomption d'incapacité, résultant du jugement d'interdiction, embrasse-t-elle indistinctement tous les actes, quels qu'ils puissent être? Les droits civils sont de deux sortes : les uns, qui peuvent être exercés par un représentant, par un tuteur; les autres, dont l'exercice est essentiellement personnel et intransmissible (*voy.* notre tome I, n° 139). Quant aux premiers, que la loi en ait déféré au tuteur de l'interdit l'exercice continu et exclusif, sans admettre la distinction des intervalles lucides, on le conçoit; il n'y a là qu'avantages sans inconvénients ; si l'interdit, dans un intervalle de raison, désire que tel acte se fasse, un

bail, un prêt, une réparation, une vente, etc., il en conférera avec son tuteur, avec son conseil de famille; et l'affaire sera faite par le tuteur, par le mandataire de l'interdit, au lieu de l'être directement par lui-même; mais qu'importe, elle sera faite; et si elle ne l'est pas, si les agents de la tutelle s'y refusent, c'est qu'ils ne l'approuveront pas, c'est que l'intervalle ne sera pas très-lucide. Mais au contraire, pour les droits de la seconde classe, n'était-il pas convenable de tenir compte des intervalles lucides, et de demeurer sous l'empire du fait, ainsi que le disait si justement M. l'avocat général de Préfeln, dans ses savantes conclusions à l'audience de la Cour de Caen du 19 janvier 1843, lors du procès *Sillas-Lenormand*, que je vais bientôt citer? Ne serait-ce pas frapper l'interdit d'une sorte de *mort civile*, que de le déclarer toujours, et quand même! incapable des actes qui ne peuvent être faits que par lui personnellement, que par lui seul?

Est-ce là ce que le Code Napoléon a voulu? la présomption créée par les articles 489 et 502, a-t-elle cette généralité aveugle? j'hésite beaucoup à le croire; les deux droits les plus précieux, les deux facultés les plus importantes, dont l'exercice est tout personnel, sont assurément : 1° la faculté de se marier; 2° la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit; or, précisément, il est très-remarquable que ces deux facultés ont été, dans le Code Napoléon, l'objet de deux titres particuliers, spéciaux, exceptionnels, de deux titres dans lesquels la loi règle, en effet, par des dispositions toutes spéciales la capacité des parties. Voyez, pour le mariage, le chapitre I de notre titre V, et pour les dispositions à titre gratuit, le chapitre II, tit. I du liv. III. Donc, les règles ordinaires sur la capacité de contracter (art. 1123, 1125) ne sont pas applicables à ces deux espèces de droits; cela est incontestable pour la femme mariée (comp. art. 217, 225, 905), pour le mineur surtout (comp. art. 450, 488, 903, 904,

1125); pourquoi donc en serait-il autrement de l'interdit?

Aussi verrons-nous : 1° que des auteurs éminents enseignent que l'article 502 ne s'applique pas aux dispositions à titre gratuit, l'article 901 se bornant à exiger, en fait, comme condition unique, nécessaire, mais suffisante, la sanité d'esprit du disposant (Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1, n° 6; Coin-Delisle, art. 901, n° 10); 2° qu'on s'accorde généralement à ne pas appliquer l'article 504 aux dispositions à titre gratuit; et je me réserve de justifier plus tard et d'adopter moi-même, du moins en partie, ces différentes propositions (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 371).

Mais voulez-vous encore ici même un nouvel exemple? eh bien! un interdit, pendant un intervalle lucide, a reconnu un enfant naturel; annulerez-vous cette reconnaissance en vertu de l'article 502? Tout ceci est délicat et difficile, je l'avoue; et je sais qu'un jugement du Tribunal de la Seine a déclaré nulle une reconnaissance faite par un interdit (24 mars 1841, marquis d'Harcourt, *Gazette des Tribunaux* du 25 mars 1841; *voy.* aussi Pothier, *des Oblig.*, n°s 837, 838).

Mais pourtant, voilà encore une faculté, un droit civil, qui ne peut être exercé que par l'interdit lui-même, que par lui seul; et cette considération est, à mes yeux, si puissante, qu'elle me porterait à penser que la loi n'a pas entendu l'en priver; car ce qu'elle lui enlève seulement, c'est l'exercice, c'est la gestion de ses affaires, c'est l'administration de son patrimoine; voilà le but général de l'interdiction; mais elle ne s'attaque pas, elle ne doit pas s'attaquer à la vie civile elle-même, à la jouissance elle même du droit. On déclare bien valable la reconnaissance d'un enfant naturel faite par un mineur (Cass., 4 nov. 1835, Goëty C. Mainvielle, Dev., 1835, I, 785; Douai, 17 mars 1840, D., L.... C. R..., Dev., 1840, II,

255; *voy.* toutefois Malpel, *Rev. de Législ.* de M. Wolowski, t. IV, p. 43) ou par une femme mariée sans l'autorisation de son mari ni de justice (Toullier, t. II, p. 962; Duranton, t. III, nos 257, 258; Zachariæ, t. IV, p. 40-42). Et pourquoi? parce que, malgré l'incapacité qui les frappe en général, les mineurs et les femmes mariées n'en jouissent pas moins pourtant, comme tous les Français, *de tous les droits civils* (art. 8); parce que cette incapacité appliquée même aux droits dont l'exercice est essentiellement personnel, équivaudrait à la privation même, à la privation totale de ces espèces de droits; parce que, dès lors, on considère que le mineur ne pouvant pas être, pour de tels actes, représenté, ce n'est pas en effet pour de tels actes que la loi lui a donné un représentant; parce qu'enfin, dès que le mineur peut se marier, il doit pouvoir aussi reconnaître un enfant naturel, qu'il voudrait et qu'il devrait légitimer par son mariage; or, tous ces motifs-là ne sont-ils pas également applicables à l'interdit? Je reviendrai, au titre de l'interdiction, sur toute cette théorie, que je ne puis ici qu'effleurer; mais, dès à présent, je pense que l'article 502 ne s'applique pas en effet au mariage, pour lequel la loi règle, dans un chapitre spécial, les qualités requises et les divers empêchements; or, aucun article de ce chapitre ne présente l'interdiction comme un empêchement; donc, on ne saurait l'admettre en effet comme tel; donc, il suffit que le futur époux, fût-il même interdit, se trouve dans un intervalle lucide qui lui permette de consentir.

3° Mais, précisément, on conteste l'existence des intervalles lucides; et puis, d'ailleurs, à supposer qu'il y en ait, comment faire pour les reconnaître? — Il y en a, et de très-lucides, et souvent même de très-longs; c'est là une vérité acquise par tous les témoignages de l'expérience. Qui ne sait combien de folies sont seulement périodiques, intermittentes, et ne se manifestent qu'à de

longs intervalles et par accès? combien d'autres sont partielles et n'affectent qu'un seul côté de l'intelligence, ne troublent qu'un seul ordre d'idées (Merlin, *Rép.*, t. VI, v *interdiction*, § 1). Cet homme est monomaniaque; il veut plaider envers et contre tous, et quand même! ou bien, sa manie est de signer des billets à tout venant; fou sur ce seul point, sage et bien avisé sur tout le reste. Pourquoi donc lui défendrait-on le mariage? Est-ce que le Code Napoléon lui-même ne reconnaît pas la possibilité des intervalles lucides dans l'interdit, lorsqu'il déclare que la nullité des actes passés par lui sera purement relative et non proposable par les tiers? (Comp. art. 502, 1124, 1304, 1338.) Oui, sans doute; car, s'il y avait absence totale de volonté, l'acte serait *nul* et non pas seulement *annulable*. De même l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, se bornant à dire que « les « actes faits par une personne placée dans un établisse- « ment d'aliénés pendant le temps qu'elle y était retenue, « sans que son interdiction ait été prononcée ni provo- « quée, *pourront* être attaqués pour cause de démence.... » cet article exige ainsi positivement qu'on tienne compte des intervalles lucides. — Mais enfin, comment les reconnaître? par tous les moyens et renseignements bien usités en pareil cas, par toute la conduite et toute la manière d'être de la personne elle-même, surtout par le caractère de l'acte qu'elle veut faire, et par toutes les circonstances qui s'y rattachent.

« Si l'acte qui fait le sujet de la contestation, disait Ricard, ne contient rien qui ne soit dans l'ordre, et qu'une personne avisée n'ait dû faire, c'est un grand motif pour en ordonner la confirmation. » (*Des Donations*, part. I, chap. III, sect. III, n 153; *voy.* aussi art. 504, *in fine.*)

Eh bien donc, si le mariage que cet interdit veut contracter. est raisonnable en effet, s'il est tel que toutes les personnes sensées l'approuvent, et que sa famille elle-

même l'y invite, s'il s'agit par exemple, de légitimer un enfant naturel, n'y aurait-il pas beaucoup de dureté, d'inhumanité même dans une présomption légale, qui refuserait aveuglément et obstinément de reconnaître un intervalle de raison, d'ailleurs très-certain, et qui priverait ainsi le malheureux interdit, jeune encore peut-être, des consolations, des secours et du dévouement qu'il pourrait trouver dans le mariage? Dirais-je encore (et pourquoi pas? est-ce que la science du droit ne s'éclaire pas à toutes les sources et ne doit pas, pour remplir sa mission philosophique et sociale, tenir compte aussi des faiblesses et des infirmités de notre nature?), dirais-je que le mariage pourrait être, dans certains cas, un moyen peut-être de rendre l'interdit à la santé et à la raison? (*Diction. des Sciences médicales*, t. VI, p. 104.)

Vous nous répondez de faire lever l'interdiction! mais précisément ce moyen peut être impossible, si, malgré les intervalles lucides, la cause de cette interdiction n'a pas cessé. Eh! mon Dieu, nous avons bien vu que le sourd-muet lui-même est capable de se marier, dès qu'il peut manifester son consentement (*supra*, n° 24). Pourquoi n'en serait-il pas ainsi de l'interdit sous la même condition, c'est-à-dire dès qu'il est certain qu'il a tout à la fois l'intelligence et la volonté? Et j'insiste sur cet argument; car il ne serait pas impossible qu'il fallût interdire un sourd-muet, si par exemple, il avait une fortune considérable et difficile à gérer, et si, en fait, il était évidemment incapable même des actes d'administration. Opposerez-vous l'article 489? mais cet article autorise l'interdiction pour cause d'*imbécillité*; or, cette expression est toute *relative*; et l'interdiction est vraiment nécessaire, quand la personne est tout à fait incapable de gouverner sa fortune; le but naturel de l'interdiction est de pourvoir à cette incapacité. Eh bien! dans ce cas, empêcheriez-vous même le sourd-muet de se marier?

(Cass., 12 nov. 1844, Sillas-Lenormand C. Bisson, Dev., 1845, I, 246.)

128. — Nous enlèverions certainement au système contraire les objections qu'il tire des dangers, que pourrait présenter pour l'interdit la faculté de contracter mariage pendant un intervalle lucide, si l'interdit était soumis, à cet égard, aux mêmes conditions, à la même protection que le mineur. Et telle était, en effet, la doctrine de Zachariæ et de ses annotateurs, MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord enseigné que « l'individu frappé d'interdiction, à raison de son état habituel de démence ou de fureur, peut valablement se marier pendant un intervalle lucide, avec le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage, c'est-à-dire avec le consentement de ses ascendants, s'il en a, et avec le consentement du conseil de famille, lorsqu'il n'a plus d'ascendants ou que ces derniers sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté. » (T. III, p. 283.)

Je voudrais aussi pouvoir me réunir à cette doctrine, que le Code du canton de Berne (art. 31, 32) paraît avoir positivement consacrée (Duchesne, *du Mariage*, etc., *suivant les législ. modernes*, p. 53); mais j'avoue qu'elle ne me paraît conforme ni aux textes de notre Code Napoléon ni aux principes sur lesquels je viens de fonder la solution qui autorise le mariage de l'interdit pendant un intervalle lucide, solution qui se trouverait elle-même, selon moi, compromise par cette espèce d'amendement.

Les auteurs, que je viens de citer, invoquaient l'article 509, ainsi conçu : « L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. » D'où ils concluaient que les articles 148, 150, 159 et 160, applicables au mineur, quant au mariage, sont, par cela même, appliquables à l'interdit.

Mais qu'ai-je dit précisément tout à l'heure? que ce

n'était ni dans le titre de la tutelle, ni dans le titre de l'interdiction, qu'il fallait chercher les règles concernant la capacité de contracter mariage; qu'il y avait, en fait de mariage, une minorité et une tutelle spéciale; et je crois toujours cette proposition parfaitement vraie; donc, l'article 509, en appliquant à l'interdit les lois de la tutelle ordinaire du mineur, ne prouve rien quant à la tutelle spéciale relativement au mariage; ajoutons que l'assimilation établie par l'article 509 n'est pas elle-même absolue (Vazeille, t. I, n° 90). Aussi, voyez ce qui arrive! Zachariæ, après avoir appliqué à l'interdit les articles 148, 150, 159, 160, refuse de lui appliquer l'article 182, qui est la conséquence et la sanction des premiers; ou du moins il distingue : il n'applique qu'une partie de ces articles, et il refuse au tuteur de l'interdit, et à l'interdit lui-même, après la mainlevée de son interdiction, le droit d'attaquer le mariage qu'il aurait contracté sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille. Mais il me semble que toutes ces distinctions sont arbitraires et témoignent de plus en plus que l'article 182, pas plus que les articles 148 et suivants, n'ont été faits pour l'interdit.

Voudrait-on encore, en faveur de cette doctrine, tirer argument de l'article 174? mais je ne crois pas non plus que cette disposition soit telle, qu'on doive en conclure que l'interdit ne peut se marier qu'après avoir obtenu le consentement de son conseil de famille. L'article, en effet, ne dit rien de pareil; et il serait aussi dangereux qu'inexact de conclure de la faculté, que la loi accorde à telle personne de former opposition à un mariage, d'en conclure, dis-je, que le consentement de cette personne est nécessaire pour ce mariage. — Mais alors, voilà l'interdit livré à toutes sortes de manœuvres; et rien ne sera plus facile que de le *faire marier* par l'officier de l'état civil d'une commune dans laquelle il aura résidé pendant six mois, et où son interdiction ne sera pas connue.

— N'exagérons rien! ne faudra-t-il donc pas alors des publications au lieu de son domicile (art. 167); et la famille ne sera-t-elle pas du moins avertie de cette manière, si tant est qu'on puisse supposer qu'un interdit soit assez peu surveillé pour en venir jusqu'à la célébration d'un mariage, sans que son tuteur et personne des siens ne s'en doute? Et puis, ces manœuvres, ces spéculations, mais quel serait leur but? de dépouiller l'interdit de sa fortune, de lui surprendre des libéralités; et sans doute il en faudrait de considérables en pareil cas; or, précisément l'interdit lui-même ne pourrait pas consentir ses conventions matrimoniales (art. 450, 509; arg. *a fortiori* des articles 499 et 513); et d'ailleurs nous avons vu que ces conventions pouvaient être attaquées et déclarées nulles, lors même que le mariage subsisterait, si elles étaient effectivement démesurées et dolosives (*supra*, n° 8). Il est vrai que la loi n'a pas tracé les règles qui devraient être suivies pour ce qui concerne les conventions matrimoniales de l'interdit. — Preuve encore, dites-vous, qu'elle ne lui a pas permis de se marier! — Mais le prodigue peut se marier sans l'assistance de personne, et pourtant il ne peut pas consentir seul ses conventions matrimoniales; donc, l'argument n'est pas probant. Il me paraîtrait tout à fait logique et raisonnable d'appliquer alors l'article 511, et d'observer, pour le mariage de l'interdit lui-même, les conditions que la loi recommande, lorsqu'il s'agit du mariage de l'un de ses enfants. J'y verrais de plus l'avantage de soumettre ainsi à l'approbation indirecte du moins, et au contrôle de la famille et même du tribunal, le projet de mariage de l'interdit.

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord pensé, avec Zachariæ, que l'interdit ne peut pas se marier sans le consentement du conseil de famille, viennent, dans leur nouvelle édition, de se rallier à cette doctrine (t. IV, p. 84, 83; ajout. Glasson, *du Consente-*

ment des époux au mariage, n° 90, et chap. VI, n° 143).

129. — Quant à la question de savoir par qui et dans quel délai pourrait être attaqué le mariage contracté par un interdit, elle n'appartient pas rigoureusement à ce chapitre et ne devrait venir que dans le chapitre consacré aux demandes en nullité. Je vais néanmoins m'en expliquer dès à présent, puisque le système contraire s'est fait encore un moyen des embarras que cette dernière question peut nous causer. Or, en ce qui me concerne, je distingue :

Ou le mariage a été contracté pendant un intervalle lucide; et dans ce cas, il est valable, il est inattaquable;

Ou il a été contracté par l'interdit, alors et à ce moment même en état de démence ou de fureur; et dans ce cas, il n'est point *annulable*, mais *nul;* et cette nullité, ce défaut d'existence peut être proposé en tout temps et par toute personne.

Je dois convenir que cette distinction n'est pas en général suivie, et que la doctrine aussi bien que la jurisprudence appliquent indistinctement les articles 180, 181 au mariage contracté par un interdit; d'où il résulte que l'action en nullité n'appartiendrait qu'à l'interdit lui-même, qui devrait l'exercer dans les six mois depuis la mainlevée de l'interdiction. Tel est l'avis de Duranton (t. II, n° 31), qui refuse positivement au tuteur le droit, même avec l'autorisation du conseil de famille, de proposer cette nullité. Ainsi, d'après ce système, si l'interdit mourait en état d'interdiction, le mariage, même le plus extravagant, qu'il aurait contracté en état de démence, n'aurait jamais pu, à aucune époque, être attaqué par personne! Et voilà bien en effet la conséquence à laquelle la jurisprudence elle-même a été aussi entraînée (comp. Paris, 18 mai 1818, Martin, Sirey, 1819, II, 182; Cass., 9 janvier 1821, mêmes parties, Sirey, 1821, I, 157; Cass., 12 nov. 1844, Sillas-Lenormand, Dev., 1845, I,

1246; Colmar, 27 fév. 1852, héritiers C...., Dev., 1852, II, 88).

Cette conséquence est telle que Merlin lui-même l'a rejetée, quoique d'ailleurs il ait aussi soutenu l'arrêt de la Cour de cassation (comp. *Rép.* t. XVI, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'article 180, et quest. 6 sur l'article 184; *Quest. de droit*, t. VIII, v° *Mariage*, § 12).

Quoi qu'il en soit, voici les deux motifs sur lesquels cette opinion est fondée : 1° l'article 146 correspond aux articles 180, 181, comme l'article 148 à l'article 182, comme les articles 162 et suivants à l'article 184; et pour savoir par qui peut être intentée l'action en nullité résultant de l'article 146, c'est à l'article 180 qu'il faut recourir; or, c'est en vertu de l'article 146 que le mariage de l'interdit peut être annulé; donc, il ne peut l'être que sur la demande de ceux auxquels seulement l'article 180 accorde cette action; 2° il résulte d'ailleurs de tout le chapitre IV de notre titre, que les demandes en nullité de mariage ne peuvent être formées que par les personnes qu'un texte même de la loi y autorise; or, aucun texte n'accorde à d'autres qu'à l'interdit lui-même le droit d'attaquer en pareil cas le mariage.

Nous verrons plus tard (nos 239, 240) qu'il importe de distinguer le mariage *nul* du mariage *annulable* : l'un, qui n'est qu'un pur fait, contre lequel toute personne, en tout temps, a le droit de protester; l'autre, qui est valable au contraire, tant qu'il n'a pas été annulé, et qui ne peut l'être que sur la demande de certaines personnes et pendant un certain temps; or, l'absence totale de consentement empêche le mariage de se former; et l'individu qui est en état actuel de démence, est incapable de donner, dit Merlin lui-même, *aucune espèce, aucune ombre de consentement* (*Quest. de droit*, t. VIII, p. 441); donc, le mariage manque alors complétement de l'une de ses conditions essentielles; donc, il est nul et non avenu; en un mot, *il n'y a point de mariage* (art. 146). Quant à

l'article 180, la corrélation qui semble le rattacher à l'article 146, n'est pas absolue; car ses termes mêmes ne s'appliquent qu'à un consentement vicié par la violence ou par l'erreur; or, cette hypothèse est très-différente! le consentement existe alors tel quel! et par conséquent le mariage a pu se former.

Eh! qu'importe? nous dit-on; c'est toujours du défaut de consentement qu'il s'agit dans l'un et l'autre cas (Duranton, t. II, n° 31). Ne serait-il pas déplorable qu'un mariage pût être attaqué un an, dix ans après sa célébration, soit par les héritiers de l'interdit, soit par l'interdit lui-même qui viendrait, après la mainlevée de son interdiction, prétendre qu'il était en état de démence au moment même où il s'est marié!

En théorie, la différence est capitale; et pour ce qui concerne les dangers de l'opinion que je propose, j'avoue qu'ils m'effrayent peu; car les magistrats auront à apprécier les circonstances; le point de savoir si, au moment même de la célébration, l'une des parties était dans l'impossibilité de consentir, est uniquement une question de fait; et comme la démence a bien des nuances et bien des degrés, on conçoit que cette appréciation sera souveraine, et qu'elle pourra, qu'elle devra tenir compte de tous les éléments de la cause, et du temps plus ou moins long écoulé depuis la célébration. — On ne ratifie pas le néant! — D'accord; mais y avait-il néant? telle est la question; et pour la décider, soyez sûrs que les juges prendront en sérieuse considération le caractère même de ce mariage et toutes les circonstances survenues depuis. Que si au contraire ils décident que l'interdit était en démence au moment de la célébration, et s'ils déclarent nul le mariage, oh! c'est qu'alors le prétendu mariage n'aura été, en effet, qu'un révoltant abus, et qu'aucune espèce de considération ne le recommandera; et la nullité dans ce cas ne sera-t-elle pas juste et morale? (*Voy.* par arg. Toulouse, 26 mars 1824, Caubère, Sirey, 1824, II, 223.)

Au reste, je n'hésite pas à accorder au tuteur autorisé par le conseil de famille, le droit de demander la nullité du mariage contracté par l'interdit en état de démence. Il doit veiller sur sa personne (art. 450, 509), et le protéger dès lors contre les conséquences déplorables qu'aurait, à tous égards, pour lui un mariage malheureux et extravagant (Merlin, *Quest. de droit*, t. VIII, v° *Mariage*, § 12; Vazeille, t. I, n° 239; Zachariæ, t. III, comp. p. 214, 215 et 283). L'autorisation du conseil de famille me paraît toutefois nécessaire au tuteur, soit à raison même du caractère de cette demande si grave, soit par argument de l'article 175, qui ne permet au tuteur de former une opposition au mariage qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

Telle est cette thèse du mariage de l'interdit, thèse difficile et très-compliquée, on a pu le voir, et dont il serait permis de dire peut-être que, pendant longtemps, elle n'a pas été suffisamment éclaircie. J'ai remarqué, en effet, dans la doctrine et dans la jurisprudence, beaucoup d'hésitations et d'incertitudes; aussi ai-je eu quelque peine à classer, comme j'essaye toujours de le faire, les différentes autorités dans chacune des opinions qui se sont produites, autorité *sur* la question plus souvent encore que *pour* ou *contre* (*voy.* aussi notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, n°s 633 et suiv.).

Je crois que nous sommes ici dans un état de lutte, d'épreuve, de transition peut-être; la présomption d'*incapacité générale et permanente*, qui d'abord régnait sans partage, me paraît perdre du terrain; les deux récents arrêts de la Cour de cassation sur les sourds-muets (*supra* n°s 24, 25) et sur les interdits (*supra* n° 127) attestent l'avénement d'une théorie plus philosophique et plus humaine, justifiée d'ailleurs, suivant la remarque de M. Dalloz (1845, I, 98), par les progrès de notre pratique judiciaire, aujourd'hui presque partout si intelligente et si habile.

Voilà ce que j'écrivais dans ma première édition ; je me félicite de pouvoir dire que l'espérance, que j'avais exprimée alors, n'a pas été déçue; car de nouveaux suffrages, et des plus considérables, sont venus fortifier cette théorie; c'est ainsi que notre savant collègue, M. Valette, après l'avoir d'abord combattue (dans ses notes sur Proudhon, t. I, p. 375 et 437), vient de l'adopter (dans son *Explication sommaire du livre I du Code Napol.*, p. 363, 364) ; et telle est aussi la doctrine que professent MM. Demante (t. I, n° 224 *bis*, I) et Troplong (*du Contrat de mariage*, t. I, n°s 289-594).

130. — Je me suis déjà expliqué sur ce qui concerne l'interdiction légale prononcée par l'article 29 du Code pénal (*voy.* mon *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois en général ; de la Jouissance et de la privation des droits civils*, etc., n° 192).

Je conclus des motifs que j'ai développés alors, que cette espèce d'interdiction toute spéciale et particulièrement relative aux aliénations entre-vifs du patrimoine de l'interdit, ne constitue pas un empêchement prohibitif de mariage. C'est ici une question non point, à vrai dire, de consentement, mais de capacité; or, il m'a paru que l'article 29 du Code pénal n'avait point pour but d'altérer, sous ce rapport, la capacité légale du condamné, au delà des effets de la dégradation civique prononcée contre lui par l'article 28 du même Code (comp. Demante, t. I, n° 224 *bis*, II).

Je dois convenir toutefois que le sentiment contraire est généralement professé (Duranton, t. II, n°s 36, 37 ; Vazeille, t. I, n° 87 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 83).

131. — 5° L'engagement dans les ordres sacrés forme-t-il aujourd'hui, d'après la loi civile, un empêchement de mariage? — En d'autres termes, les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques peuvent-ils se marier?

Il sera utile d'examiner rapidement, sur ce point, les

dispositions, soit de notre ancien droit, soit de notre droit intermédiaire, soit enfin de notre droit nouveau.

A. — Que la prêtrise constituât, anciennement comme aujourd'hui, en droit canonique, un empêchement de mariage, cela est incontestable. Cet empêchement sans doute n'est pas d'institution divine ; prohibitif seulement d'abord, ce n'est que plus tard qu'il devint dirimant (Pothier, nos 21 et 115) ; mais toujours est-il que, dès le douzième siècle au plus tard, il était devenu tel dans la discipline ecclésiastique (conciles de Latran en 1123 et 1139, de Trente en 1215 ; ajout. d'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, au titre *des Empêchements dirimants*).

La seule question est de savoir si, même à cette époque, la puissance séculière avait consacré cet empêchement dans l'ordre civil. Pothier, qui l'affirme (n° 117), ne cite pourtant aucun texte, ni édit, ni ordonnance, ni déclaration ; et il paraît très-vraisemblable que la défense du mariage des prêtres n'a jamais été, même alors, législativement prononcée. Cette défense ne reposait que sur l'usage et sur la jurisprudence des parlements ; et cette base pourrait bien ne pas sembler très-solide, si on se rappelle que d'une part les prêtres étaient eux-mêmes officiers de l'état civil, et que d'autre part les parlements ne motivaient point leurs arrêts. Quoi qu'il en soit, il n'en faut pas moins reconnaître que cet usage et cette jurisprudence étaient constants, unanimes, et faisaient en ce temps véritablement loi (Cass., 12 prairial an XI, Spiess C. Davrilly, Sirey, 1803, I, 321 ; Cass., 3 floréal an XIII, Davrilly C. Spiess, Sirey, 1805, I, 345 ; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Célibat*, p. 140 ; Toullier, t. I, n° 559 ; Vazeille, t. I, n° 94).

B. — Sous le droit intermédiaire, plus de doute ! non-seulement le mariage n'est pas défendu aux prêtres par la loi civile, mais il leur est même positivement permis. La Constitution du 3 septembre 1791, après avoir déclaré que « la loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni

aucun autre engagement, qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution, » ajoute (titre II, art. 7) que « la loi ne considère le mariage que comme contrat civil. » Aussi la loi du 20 septembre 1792 qui détermine *les qualités et conditions requises pour contracter mariage* (titre IV, sect. I), ne met nulle part la profession religieuse au nombre des empêchements. Et le 19 juillet 1793, la Convention nationale décrète « que les évêques qui apporteraient, soit directement soit indirectement, quelque obstacle au mariage des prêtres, seront déportés et remplacés. » (*Voy.* encore les décrets des 12 août et 17 septembre 1793.) — Mesures violentes, sans doute ! mais n'était-on pas alors au plus fort de la lutte ? Il ne faut pas oublier les résistances et les combats au sein desquels s'est formée notre société nouvelle et l'ordre nouveau qu'elle a fondé. Ne s'agissait-il pas ici de l'une de ses bases les plus essentielles, de la séparation entre l'Église et l'État, entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel? Car voilà l'un des plus grands résultats de cette époque : le gouvernement de la société civile devenu laïque! la législation tout entière sécularisée, particulièrement en ce qui concerne l'état des personnes! c'est ainsi que les registres de l'état civil sont confiés aux municipalités, que le divorce est autorisé, et qu'enfin très-certainement alors le mariage des prêtres n'est pas défendu (loi du 20 sept. 1792 ; Cass., 3 floréal an XIII, Davrilly C. Spiess, Sirey, 1805, I, 345 ; Cass., 22 janv. 1811, de Virgile C. Rebecqui, Sirey, 1812, I, 161; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Célibat*, p. 141).

C. — Tel est ici notre point de départ : au moment où nous entrons dans cette troisième époque, il est certain que la profession religieuse n'est plus un empêchement de mariage. Il faudra donc, pour que cet empêchement ait pu revivre, qu'une loi civile l'ait de nouveau consacré. Cette loi existe-t-elle ?

On l'a prétendu ; et pour soutenir qu'aujourd'hui en-

core les prêtres ne peuvent pas se marier, on a invoqué les textes de la loi et des lettres ministérielles, les principes généraux du droit privé et public, et enfin les intérêts sacrés de la religion, des familles et de l'État.

1° Les textes : aux termes de la loi du 18 germinal an x, organique du Concordat du 26 messidor an ix, *les cas d'abus sont... l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France* (art. 6); et les évêques ne peuvent ordonner aucun ecclésiastique, *s'il ne réunit les qualités requises par les canons reçus en France* (art. 26) ; or, on vient de voir que, d'après les canons anciennement reçus en France, le mariage des prêtres est défendu ; donc, la loi du 18 germinal an x a rendu ces canons civilement obligatoires. Trois lettres écrites le 14 janvier 1806, le 30 janvier et le 9 février 1807, par Portalis, ministre des cultes, témoignent qu'en effet le gouvernement considérait alors le mariage d'un prêtre *comme un délit contre la religion et la morale* (Locré, *Legisl. civ.*, t. IV, p. 610). La Charte de 1814 n'avait-elle pas déclaré que « la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État ? » (Art. 6.) Et si la Charte de 1830 avait supprimé cet article, ne proclamait-elle pas aussi que cette religion *est professée par la majorité des Français ?* (Art. 6.) Or, ce n'était point là une vaine déclaration, une déclaration abstraite et purement philosophique ; c'était la consécration positive des conséquences du grand fait social par elle reconnu.

2° Les principes généraux du droit commandent d'ailleurs cette solution :

L'exercice public du culte catholique a été rétabli en France par la loi du 18 germinal an x ; l'Église a dès lors acquis le droit de procéder à tous les actes extérieurs du culte ; et l'État a pris l'engagement de la protéger contre toute atteinte, et à plus forte raison sans doute de ne pas al troubler lui-même : « Il y aura recours au conseil d'État, s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte

et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres. » (Art. 7 de la loi de l'an x);

Or, l'ordination des prêtres est un acte public et extérieur du culte catholique; il a lieu sous l'autorité même du gouvernement (art. 16-26 de ladite loi); donc, le gouvernement lui-même l'approuve;

Donc, il ne saurait, par ses agents, par ses officiers de l'état civil, concourir lui-même à la violation de l'engagement contracté par le prêtre (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 85, 86).

Cet engagement est-il légal? voilà toute la question (art. 1134). Or, comment ne le serait-il pas, puisqu'il est autorisé par la loi, puisque c'est la loi elle-même qui consacre cette exception au principe général, par suite duquel nul ne pourrait aliéner ainsi sa liberté, exception que réclamaient les intérêts les plus élevés de l'ordre social. Autrement, quelle différence y aurait-il entre les vœux perpétuels des religieux et des religieuses, que la loi déclare nuls? (Loi du 18 août 1792; Marcadé, t. II, appendice, p. 53.) Et il est si vrai que la loi civile reconnaît l'engagement contracté par les prêtres et la situation toute spéciale qui en résulte pour eux dans la société civile, que l'État salarie leurs fonctions aux dépens du trésor public, et qu'il leur accorde, à raison de leur caractère même, des exemptions et des immunités. C'est ainsi que les prêtres sont affranchis du service de la garde nationale (loi du 22 mars 1831, art. 12), du service militaire (loi du 21 mars 1832, art. 14), et aussi, dans certains cas, de la tutelle (art. 427 C. Nap.; avis du conseil d'État du 20 nov. 1806).

3° Est-il besoin d'indiquer enfin les puissantes considérations de tout ordre, religieuses, sociales, politiques, qui protestent si énergiquement contre le mariage des prêtres? Ne serait-ce pas entourer le *confessionnal* de séductions redoutables pour la sécurité des familles et

pour l'honneur du sacerdoce lui-même? N'y aurait-il pas là un moyen facile d'échapper à la loi du recrutement? (*Voy.* D., 1832, II, 45, 1re col.) Et ce danger, qui se réalisait sous le premier Empire, avait en effet, alors vivement préoccupé le chef de l'État (Bordeaux, 20 juill. 1807, Charoncel C. Petit, Sirey, 1809, II, 389; Turin, 30 mai 1811, L. M.... C. J. M..., Sirey, 1812 II, 241; Paris, 27 déc. 1828, Dumonteil, D., 1829, II, 52; Paris, 14 janv. 1832, Dumonteil, D., 1832, II, 45; Cass., 21 févr. 1833, Dumonteil, D., 1833, II, 121; Limoges, 17 janv. 1846, Vignaud, Dev., 1846, II, 98; Cass., 23 fév. 1847, mêmes parties, Dev., 1849, I, 177; Alger, 11 déc. 1851, de Montmilly, Dev., 1851, II, 760; Tribun. civ. d'Agen, Taillandier, Dev., 1860, II, 353; Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 612; Favard, *Rép.*, t. III, p. 459, 460; Duranton, t. II, nos 34 et 201; Loyseau, *Traité des Enfants naturels*, p. 272 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 84-87; Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, n° 175; Pezzani, *des Empêchements de mariage*, n° 206; Demante, t. I, nos 225 et 225 *bis*, II).

Apprécions maintenant cette opinion :

Il s'agit ici d'une question de droit, à décider par les jurisconsultes et par les magistrats, d'après les lois civiles, d'après les lois positives; or, sur ce terrain, je dois dire que je ne connais aujourd'hui aucun empêchement au mariage des prêtres :

1° L'opinion contraire invoque d'abord les textes; mais, en vérité, parmi tous ceux qu'elle a cités, en est-il un seul qui le défende, un seul même qui s'y rapporte? Comment! de ce que l'article 6 de la loi du 18 germinal an x met au nombre des cas d'abus l'*infraction des règles consacrées par les canons reçus en France*, de ce que l'article 26 déclare que les ecclésiastiques ordonnés par les évêques doivent *réunir les qualités requises par les canons reçus en France*, vous en con-

cluez que tous les canons de l'Église, les canons du moins autrefois reçus en France, sont relevés dès ce moment par la puissance séculière et revêtus de l'autorité législative?

« Si cet argument est fondé, s'écrie M. Serrigny, je me fais fort d'en faire sortir logiquement l'ancien régime tout entier! » (*Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 387.)

N'est-ce pas, en effet, par les canons de l'Église qu'étaient autrefois défendus les mariages, en ligne collatérale, jusqu'au huitième degré (d'après la supputation catholique), les mariages d'un chrétien avec une juive, d'un fiancé avec sa fiancée, etc.? N'étaient-ce point encore les canons de l'Église qui exigeaient que le mariage fût célébré par un prêtre, etc., etc.? or, si les articles 6 et 26 de la loi du 18 germinal an x ont remis en vigueur les canons prohibitifs du mariage des prêtres, ils ont aussi nécessairement, et du même coup, rétabli tous les autres empêchements; cela est inévitable; car ces articles sont généraux et absolus. Mais ces conséquences seraient impossibles, ou plutôt, il faut bien le dire, elles seraient extravagantes; donc, l'argument tiré de la loi du 18 germinal an x ne saurait subsister. Eh! mais vraiment, à ce compte, on n'aurait pas eu besoin d'abolir le divorce le 8 mai 1816; c'est la remarque de M. Valette (sur Proudhon, t. II, p. 415-418), et elle est très-juste; car le divorce aussi était défendu par ces canons, que la loi de germinal aurait relevés.

Que résulte-t-il donc seulement de ces articles 6 et 26? deux choses : d'abord, le chef de l'État consacrait ainsi, par cette loi organique du 18 germinal an x, le pouvoir qu'il s'était réservé par l'article 1er du Concordat du 26 messidor an IX, de surveiller l'exercice du culte : « Le culte (de la religion catholique) sera public, *en se conformant aux règlements de police que le gouvernement*

jugera nécessaires pour la tranquillité publique; » et ensuite, ces articles ne s'occupent que des prêtres considérés comme tels dans l'exercice de leurs fonctions sacerdotales. Ils règlent les conditions légales de l'*ordination*, et ne prévoient en aucune manière le cas où le prêtre, sortant du sanctuaire, vient revendiquer devant la loi commune ses droits civils de Français! Aussi, est-ce par la voie d'*appel comme d'abus* devant le conseil d'État, que le même article 6 réprime les infractions aux canons de l'Église. N'est ce pas dire ouvertement qu'il n'est ici question que de la haute police des cultes, que des prêtres enfin, agissant comme prêtres et demeurant toujours prêtres?... Écoutez Portalis, le rédacteur même de la loi du 18 germinal: « Pour les ministres mêmes que nous conservons, et à qui le célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage par ces règlements n'est point consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil.... » Vous vous emparez de ces mots: *comme empêchement dirimant*, et vous dites que le rapporteur lui-même y reconnaît du moins un empêchement *prohibitif!*

Mais d'abord, si les canons ecclésiastiques ont été remis en vigueur, l'empêchement devrait être, aujourd'hui encore, dirimant, puisqu'il dériverait encore aujourd'hui de ces canons mêmes; or, les partisans de l'opinion contraire, à l'exception de deux seulement, je crois, Locré (*Législ.*, t. IV, p. 612), et Loyseau (*loc. supra*), avouent que l'empêchement ne serait à présent que prohibitif; donc, ils avouent par cela seul que les canons n'ont plus d'autorité. (*Infra*, n° 131 *bis*.)

Mais ce n'est pas tout, et voici la suite de l'*exposé des motifs*: « Conséquemment, sans affaiblir le nerf de la discipline de l'Église, on conserve aux individus *toute la liberté et tous les avantages garantis par les lois de l'État....* » (*Moniteur* du 16 germinal an x, p. 789, 1re col.)

Et dans son *rapport* au gouvernement, du 3 frimaire an XI, Portalis était plus explicite encore : « .... La prêtrise n'est point un empêchement au mariage; une opposition au mariage, fondée sur ce point, ne serait pas reçue et ne devrait pas l'être, parce que l'empêchement provenant de la prêtrise n'a pas été sanctionné par la loi civile. » Ne pensez-vous pas que ces déclarations solennelles de principes, faites au moment même de la promulgation de la loi de l'an X et du Code Napoléon, sont préférables à des lettres ministérielles, d'après lesquelles *une décision du gouvernement* aurait créé un empêchement que, de leur propre aveu, *nos lois n'avaient pas prévu?* mais cette décision même, où est-elle? on ne la cite point, et il n'y en a pas en effet. C'est en vertu d'une décision purement orale de l'Empereur, que *par mesure de police* (Toullier, t. I, n° 560), la défense a été faite aux officiers de l'état civil de célébrer le mariage des prêtres.

Il ne reste donc que de simples lettres ministérielles, sans aucune autorité législative, même à cette époque; et cela, en présence du Code Napoléon, qui, décrété un an après la loi du 18 germinal an X, ne dit pas un mot non plus de l'empêchement résultant de la profession religieuse. En vain on allègue que par son silence même, il *aurait laissé les choses dans l'état où les avait placées le Concordat et la loi du 18 germinal an* X (Zachariæ, t. III, p. 288).

Le Code Napoléon, en effet, est tout à la fois une loi postérieure et une loi complète sur le mariage; d'où il faut conclure qu'à supposer que cet empêchement existât avant sa promulgation, il aurait été tacitement abrogé par la promulgation du titre du mariage, aux termes de de la loi du 30 ventôse an XII (*voy.* notre t. I, n° 128). Enfin, et plus récemment encore, la question est agitée dans le conseil d'État; et voici comment se termine la discussion; Sa Majesté charge la section de législation

de rédiger un projet pour interdire le mariage aux prêtres catholiques. » (D., 1832, II, 46.) Cela se passait en 1813.... Il n'y avait donc pas de texte alors, il n'y avait donc pas de loi qui empêchât ce mariage!

Qu'est il arrivé depuis? L'article 6 de la Charte de 1814 a déclaré que « la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État, » il est vrai; mais l'article 5 avait aussi déclaré que « chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection. » Mais si vous prétendez que cet article 6 avait érigé en lois de l'État tous les canons de l'Église, nous voilà de nouveau inévitablement engagés dans cette série de conséquences inadmissibles, qui résultaient tout à l'heure d'un semblable argument tiré de la loi de l'an x. Non, tel n'était pas le sens de cet article 6, qui reconnaissait seulement à la religion catholique une sorte de premier rang et de prééminence d'honneur; et c'est pour prévenir en effet cette interprétation déplorable et les funestes projets qu'elle avait encouragés, que la Charte de 1830 avait supprimé ces mots, en se bornant à dire, comme le Concordat du 26 messidor an IX, que la religion catholique est *professée par la majorité des Français.* — Ajoutons enfin que ces mots ne se trouvent pas non plus aujourd'hui dans la Constitution du 14 janvier 1852.

2° De texte prohibitif, il n'y en a donc pas; et cela suffit très certainement pour que le mariage soit possible. Mais cette solution me paraît de plus très-conforme aux principes nouveaux de notre organisation politique et de notre droit public.

Quelle est aujourd'hui l'attitude de l'État envers l'Église catholique aussi bien qu'envers les autres cultes légalement reconnus? quel est son devoir? quel est son droit? son devoir, c'est de leur assurer à tous *une égale liberté* et *la même protection* (art. 5 de la Charte de 1830; art. 7 de la loi du 18 germinal an x; art. 260 C. pén.);

son droit, c'est de les surveiller également aussi et d'empêcher tout acte, toute démonstration qui pourrait compromettre l'ordre public du pays (art. 6 de la loi du 18 germinal an x; art. 199-208 du C. pén.). L'État n'est pas athée, non certes! car il protége tous les cultes; car, sans aliéner rien de son indépendance et de sa souveraineté, il contracte avec chacun d'eux une sorte d'alliance, sachant bien qu'il n'y a pas de société durable, de société possible sans religion! C'est ainsi, dans ce double but de protection et de surveillance, qu'il intervient dans la nomination des ministres des différents cultes, catholiques, protestants ou israélites; qu'il leur alloue des traitements sur les fonds du trésor[1]; et qu'il leur accorde, en outre, d'autres immunités. C'est ainsi qu'il approuve, soit expressément, soit tacitement, les dogmes, la discipline, les rites des différents cultes; il les approuve, dis-je, mais sans les admettre lui-même, sans les adopter, mais en gardant au contraire, sur tous les points de doctrine et de discipline, sa neutralité politique. — La loi du 18 germinal an x a relevé, dites-vous, les canons de l'Église reçus en France autrefois! — Oui, comme règles de discipline ecclésiastique! Non, mille fois non, comme lois civiles, comme lois de l'État! L'Église catholique, dans son gouvernement des âmes, dans sa sphère spirituelle, peut donc avoir, comme elle a en effet, sa *législation* à elle sur le mariage, ses empêchements relatifs et absolus, prohibitifs ou dirimants, etc.; sa législation, dis-je, très-dictincte et très-différente de la législation de l'État. Elle peut défendre le mariage entre le cousin et la cousine, comme elle peut le défendre au prêtre; or, personne, apparemment, ne niera que, malgré cet empêchement ecclésiastique, le cousin et la cousine peu-

1. Les frais du culte israélite, qui étaient autrefois supportés par les juifs au moyen d'une cotisation forcée, ont été mis à la charge du trésor par la loi du 18 février 1831.

vent, en droit civil, se marier; donc, il en doit être de même du prêtre catholique, qui n'en est aussi empêché que par la discipline ecclésiastique. — Oh! pour le prêtre, c'est différent! les conventions légalement formées sont obligatoires (art. 1134); or, la convention qu'il a faite avec l'évêque, est légale, puisque le gouvernement lui-même intervient, médiatement ou immédiatement, dans la nomination du prêtre; donc, cette convention est civilement et juridiquement obligatoire. — On invoque l'article 1134 du Code Napoléon! (Marcadé, *supra.*) Eh bien! je demande si l'on irait jusqu'à l'article 1142? et si on accorderait une action en dommages-intérêts, devant les tribunaux, contre le prêtre qui déserte le sanctuaire? Je doute très-fort qu'on accepte cette conséquence; et pourtant, si l'article 1134 est applicable, l'article 1142 doit l'être aussi nécessairement; car il en est la sanction indispensable! Mais la vérité est que, dans tout ceci, la loi civile n'a rien à faire, parce qu'il ne s'agit pas, en effet, d'une convention civile! Ce n'est point envers l'Etat que le prêtre a pris l'engagement de ne pas se marier; c'est uniquement envers ses chefs spirituels! Il a fait un vœu, il n'a pas fait un contrat!

L'État a-t-il du moins, d'une manière quelconque, garanti à l'Église l'exécution de ce vœu, de cet engagement religieux? pas davantage! De ce que l'État ne s'oppose pas à ce que le prêtre, lors de son ordination, prenne, en face de l'Église, certains engagements, il ne s'ensuit pas du tout qu'il les garantisse, ou plutôt qu'il en change le caractère, et qu'il transforme en obligations civiles des obligations purement ecclésiastiques et spirituelles! car c'est toujours là qu'on en revient; et cet argument est encore, sous une autre forme, le même qui, tout à l'heure, prétendait que la loi du 18 germinal an x, en rétablissant les canons de l'Église comme règles de la discipline ecclésiastique, les avait, pour cela même, érigés en lois civiles! Non, l'État ne garantit point à

l'Église l'exécution des engagements ecclésiastiques du prêtre! son intervention est uniquement une haute mesure d'ordre et de gouvernement. L'État ne voit, dans les ministres des différents cultes, que des fonctionnaires, d'un ordre très-élevé sans doute! mais enfin il agrée les prêtres catholiques comme fonctionnaires, au même titre et de la même manière qu'il agrée les pasteurs des consistoires (loi du 18 germinal an x, art. 25, 26, organiques des cultes protestants), les rabbins des synagogues (art. 5, 8, 16 du décret du 17 mars 1808 sur les juifs), laissant également à toutes les sociétés religieuses, sous son approbation, il est vrai, mais sans aucune garantie de sa part le soin d'exiger de leurs ministres les engagements nécessaires dans l'ordre spirituel, comme aussi le soin de les maintenir dans le respect de ces engagements! Mais l'État, lui, n'impose irrévocablement à personne, non, je le répète! à personne, une croyance, une profession religieuse quelconque! Il proclame au contraire, pour tous et pour chacun, la liberté de conscience, la liberté de religion! (art. 5 de la Charte de 1830.)

Dans l'ordre civil, il n'y a pas des catholiques, et des protestants, et des juifs; il n'y a que des Français! il n'y a que la loi commune! et les officiers de l'état civil n'ont, en aucune façon, le droit de s'enquérir des opinions religieuses de chacun, pas plus que des engagements spirituels qu'aurait pu contracter envers la société religieuse, à laquelle il apppartient, le Français qui se présente devant eux!

Le jour donc où le prêtre, renonçant à son ministère, et, bien entendu, à ses avantages et à ses immunités, rentre dans la vie civile, revendique les obligations et les droits qui résultent également pour tous les Français de la loi commune, ce jour-là la loi commune, en effet, ne peut plus voir en lui que le citoyen, que le Français; le prêtre a disparu! le fonctionnaire public a donné sa dé-

mission ! Il ne serait pas juste de reprocher à l'État *de froisser ainsi la religion catholique dans un acte extérieur du culte....* (Zachariæ, t. III, p. 288). D'abord, le prêtre, qui a déserté l'autel et qui se marie, n'agit pas, en cela, comme prêtre sans doute! il ne s'agit donc point d'un acte extérieur du culte ! — Mais l'ordination du prêtre en est un! et l'État l'a autorisée! — Eh ! sans doute; mais comment et sous quelles conditions? Vous voyez bien que vous tournez dans un cercle vicieux! car, si l'État, comme j'espère l'avoir démontré, ne l'a autorisée, cette ordination, et n'a agréé ce prêtre que sous la réserve des droits civils, qui sont garantis à tout Français par la loi commune, vous ne pouvez plus reprocher à l'État de manquer à une obligation de garantie, qu'il ne vous a jamais promise. Eh! mais, que diriez-vous donc, si ce prêtre avait changé de religion! s'il s'était fait protestant, ou calviniste ou luthérien, ou même israélite? Pothier lui-même hésitait dans ce cas, à l'époque pourtant et sous le régime où il écrivait! « Mais, dit-il, il ne peut plus y « avoir lieu à cette question, n'y ayant plus d'autre reli- « gion en France que la religion catholique romaine. » (N° 117.) Que croyez-vous qu'il eût répondu, en présence de l'article 5 de la Charte constitutionnelle de 1830 et de la Constitution de 1852?

3° Je ne nierai point assurément la gravité des considérations qui peuvent s'élever contre le mariage des prêtres. Ce n'est pas que je sois très-effrayé du moyen qu'on aura ainsi de se soustraire à la loi du recrutement : rien ne serait plus facile, quand on le voudra, que d'y remédier, en complétant, sur ce point, les précautions qui ont déjà été prises par l'article 14, n° 5, de la loi du 21 mars 1832. Ce qui est bien plus sérieux, c'est le relâchement, c'est l'altération qui pourrait en résulter dans la discipline du clergé; c'est la tranquillité des familles, c'est la considération et l'honneur du sacerdoce qui pourraient se trouver compromis! Mais ces considérations, si respec-

tables qu'elles soient, ne sauraient prévaloir sur les textes mêmes de la loi, sur les principes essentiels de notre droit public. La liberté religieuse est comme toutes les autres libertés; elle a ses inconvénients et ses périls sans doute; mais elle a de bien plus grands avantages et d'inappréciables bienfaits! et elle n'en est pas moins, en religion comme en politique, le meilleur et le plus noble des régimes! — Le mariage des prêtres est réprouvé par les mœurs catholiques. — Oh! tant mieux! car, si je suis convaincu que la loi civile ne le défend pas, ne croyez pas que je l'approuve. Livrons donc aux censures de l'opinion le prêtre déserteur! prêtre toujours aux yeux de l'Église, que son apostasie subisse toute sa juridiction spirituelle! Mais telle peut être seulement l'unique sanction d'une obligation, toute morale en effet et toute spirituelle!

Je conclus donc que le prêtre catholique peut se marier, de même qu'il peut aussi adopter, non pas vraiment, comme l'a dit encore, dans ce dernier cas, la Cour de cassation, parce qu'on ne trouve pas de prohibition *dans ceux des canons de l'Église, qui, reçus dans le royaume, ont force de loi!* (Cass., 26 nov. 1844, Houel, Dev., 1844, I, 801); mais uniquement parce que le Code Napoléon ne défend au prêtre ni l'adoption ni le mariage (Sainte-Mehould, 18 août 1827, Détiaque; Nancy, 23 avril 1828, sieur G....; Cambrai, 7 mai 1828, Druon, Sirey, 1829, II, 36-38; Issoudun, 27 déc. 1831, Janson, Dev., 1832, II, 74; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Célibat*, n° 3, et *Quest. de dr.*, t. IV, v° *Mariage*, § 5, n° 6; observations de M. Parent-Réal (Sirey, 1812, II, 243) et de M. Sirey, (Sirey, 1809, II, 391; 1829, II, 35; Dev., 1833, I, 178; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing t. I, n°s 241-244).

On peut trouver tous les éléments de cette grande thèse réunis dans une brochure, qui renferme notamment une remarquable plaidoirie de M. Jules Favre. (*Débats sur la question du mariage des prêtres*, 1862, *Périgueux*.)

151 *bis*. — Jusque dans ces derniers temps, les parti-

sans de la doctrine, qui enseigne que la prêtrise est un empêchement de mariage, avaient ajouté que cet empêchement n'était que prohibitif; et nous avions fait remarquer que c'était là une contradiction, puisque si cet empêchement existait encore en vertu des canons de l'Église, il ne pouvait être que dirimant! (*Supra*, n° 131.)

Aussi, en est-on venu à décider qu'il est tel, en effet, et que les magistrats doivent prononcer la nullité du mariage qui a été contracté par un prêtre, lorsque l'officier de l'état civil, par erreur ou autrement, l'a célébré! (Comp. Agen, 6 juillet 1860, Taillandier, Dev. 1860, II, 353.)

C'est ce que vient de décider aussi le Tribunal de la Seine, sur les conclusions conformes, et très-savantes de M. l'avocat impérial Aubépin; il est même à remarquer que, dans cette espèce, le mariage a été déclaré nul sur la demande du prêtre lui-même qui l'avait contracté (25 janv. 1865, X.., *Gazette des Tribunaux* du 26 janv. 1865).

La doctrine est ainsi devenue plus logique sans doute et plus conséquente avec elle-même.

Mais elle n'en est, suivant nous, que plus excessive encore et plus contraire à tous nos textes et à tous nos principes modernes! (Comp. *infra*, n° 340.)

132. — La même solution est-elle applicable aux femmes engagées par des vœux de religion dans des congrégations légalement autorisées?

L'affirmative résulte absolument des mêmes principes (Valette sur Proudhon, t. I, p. 418).

Toutefois il me paraît essentiel de rappeler ici les dispositions législatives qui régissent ces sortes de congrégations, pour savoir s'il n'y aurait pas lieu de faire, entre elles, une distinction précisément sur l'importante question qui nous occupe :

La loi des 13-19 février 1790 a supprimé, en France, les ordres religieux, dans lesquels les personnes de l'un ou de l'autre sexe formaient des vœux monastiques so-

lennels; et la loi du 18 août 1792 a supprimé aussi toutes les communautés religieuses. Cette suppression, cette prohibition a toujours été maintenue en ce qui concerne les communautés d'hommes. Au contraire, les congrégations religieuses ou hospitalières de femmes ont été rétablies par différents actes législatifs; et voici, à cet égard, comment est conçu le décret du 18 février 1809 :

Article 1er. « Les congrégations ou maisons hospitalières de femmes, savoir : celles dont l'institution a pour but de desservir les hospices de notre empire, d'y servir les infirmes, les malades et les enfants abandonnés, ou de porter aux pauvres des soins, des secours, des remèdes à domicile, sont placées sous la protection de *Madame*, notre très-chère et honorée mère. »

Article 2. « Les statuts de chaque congrégation ou maison séparée seront approuvés par nous et insérés au Bulletin des Lois, pour être reconnus et avoir force d'institution publique. »

Article 8. « A l'âge de vingt et un ans, les novices pourront s'engager pour cinq ans. Ledit engagement devra être fait en présence de l'évêque (ou d'un ecclésiastique délégué par l'évêque), et de l'officier de l'état civil, qui dressera l'acte et le consignera sur un registre double, dont un exemplaire sera déposé entre les mains de la supérieure, et l'autre à la municipalité (et pour Paris, à la préfecture de police). »

La loi du 24 mai 1825 est plus générale; car si d'une part elle soumet à certaines conditions (art. 1-3) l'établissement des congrégations religieuses de femmes, d'autre part elle ne détermine point le caractère de ces congrégations ni l'objet et le but qu'elles devront se proposer. Cette loi ne renferme d'ailleurs aucune disposition relative *aux vœux*.

Dans cet état, on a soutenu que ces vœux ne forment aussi qu'un empêchement spirituel, et que lors même qu'il aurait été possible d'induire du décret du 18 mars

1809 un empêchement civil prohibitif, cette conséquence tacite et éloignée ne serait plus admissible, depuis le triomphe définitif de la liberté religieuse. On a ajouté que la loi du 24 mai 1825, qui forme aujourd'hui la dernière loi sur ce sujet, ne fournit aucune induction de ce genre, et qu'en effet, à l'époque même où elle fut discutée, il fut déclaré que les vœux des religieuses dans les congrégations autorisées, n'affectaient point la capacité civile de la personne (*voy.* le *Rec. périod* de D., 1833, I, 123, 1re col.).

Je n'admets pourtant pas de tout point cette argumentation ; et après m'être assuré que le décret du 18 février 1809 est encore exécuté dans la pratique, je pense que l'*engagement* contracté soit pour un an, soit pour cinq ans dans les termes de ce décret (art. 7 et 8) par les religieuses *hospitalières*, *dont l'institution a pour but de desservir les hospices, d'y servir les infirmes, les malades et les enfants abandonnés, ou de porter aux pauvres des soins, des secours, des remèdes à domicile* (art. 1), je pense, dis-je, que cet engagement forme encore, sous cette condition et dans cette limite, un empêchement prohibitif de mariage.

Voilà une contradiction, direz-vous, avec la solution sur la question du mariage des prêtres!

Je ne le croirais pas : 1° parce que l'article 2 du décret du 18 février 1809, déclare, lui, positivement que les statuts de ces congrégations hospitalières *auront force d'institution publique;* 2° parce qu'en effet c'est envers le pouvoir civil lui même, envers l'officier de l'état civil, que les religieuses contractent directement un engagement civil et positif; 3° parce qu'il s'agit alors aussi d'une sorte de service civil, de service administratif; 4° enfin parce que cet engagement est purement temporaire, et que ce sont là autant de différences capitales qui séparent la situation de ces religieuses hospitalières de celles du prêtre ecclésiastique.

Et voilà pourquoi je ne reconnais pas le même effet aux vœux des autres religieuses dans les congrégations même légalement autorisées en vertu de la loi du 24 mai 1825, de celles, par exemple, qui se vouent à la vie contemplative ou même à l'éducation des enfants; car ce n'est que sur le décret du 18 février 1809, que cet empêchement civil me paraît fondé; or, ce décret ne s'appliquait qu'aux religieuses *hospitalières*. Écoutez, en effet, l'avis du Conseil d'État du 25 mai 1811 :

« Considérant que le décret du 18 février 1809 ne concerne que les hospitalières; que l'article 1er définissant et limitant leurs fonctions, elles ne peuvent en exercer d'autres; que la tenue d'un pensionnat de jeunes filles est incompatible avec le service des malades ... » (*Voy.* encore avis du Cons. d'État du 6 févr. 1817, décrets des 3 janv. 1812 et 23 janv. 1823; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 88; Massé et Vergé, t. I, p. 219; Demante, t. I, n° 225 *bis*, III.)

153. — 6° La différence de couleur formait autrefois un empêchement de mariage entre les blancs et les personnes de sang mêlé, non-seulement dans les colonies (règlement de mars 1724), mais même aussi jusque dans la métropole (arrêt du Conseil du 5 avril 1778).

Une circulaire du ministre de la justice du 18 nivôse an XI, annonce que *l'intention du gouvernement est qu'il ne soit reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses ni entre des nègres et des blanches*. Locré qui la rapporte (*Légist. civ.*, t. IV, p. 615), paraît la regarder comme obligatoire, et ajoute que le gouvernement a quelquefois levé cet empêchement par des dispenses (*voy.* même aussi Bordeaux, 22 mai 1806, Crouzeilles, Sirey, 1807, II, 150).

Mais il n'en faut pas moins tenir pour certain que cette prohibition n'existe plus sur le territoire continental de l'Empire : 1° parce qu'elle a été abrogée soit par la loi des 28 septembre-16 octobre 1791, soit par le Code Na-

poléon et la loi du 30 ventôse an XII; 2° parce qu'une lettre ministérielle n'a point, bien entendu, d'autorité législative, en remarquant que celle du 18 nivôse an XI paraît même avoir été révoquée (*Moniteur* du 18 février 1819; Dupin, *Lois civiles*, I, p. 303).

Je pense, au reste, que, même dans les colonies, cet empêchement, qui d'ailleurs n'était pas dirimant (Cass., 27 juin 1838, Rodrigues, Dev., 1838, I, 497; Cass., 10 déc. 1838, Denis, Dev., 1839, I, 492), a cessé d'être aussi, comme dans la métropole, un empêchement prohibitif (Ordonnance du 24 février 1831; loi du 24 avril 1833; comp. aussi les Décrets des 4 mars et 27 avril 1848, abolitifs de l'esclavage; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 219; Aubry et Rau, t. I, p. 92; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 238).

134. — 7° J'ai dit plus haut que l'impuissance ne me paraissait point être un empêchement de mariage (comp. *supra*, n° 12 et *infra*, n° 254).

Il en est ainsi, et plus certainement encore, des vices de conformation, des infirmités, ou des maladies même contagieuses ou héréditaires. L'intérêt que la société pourrait avoir à défendre les mariages des individus contrefaits ou infirmes, qui perpétuent souvent des générations *manquées*, cet intérêt n'aurait pas suffisamment justifié une atteinte si grave à la liberté; d'autant plus que l'application en aurait toujours été nécessairement très-difficile et très-arbitraire.

135. — 8° Plus d'empêchements d'ailleurs résultant, comme autrefois, des fiançailles ou des promesses de mariage (Pothier, n° 213; et *supra*, n° 27);

Ni du rapt ou de l'enlèvement (Pothier, n° 225; *voy.* art. 357, C. pén.; Locré, *Législ. civil.*, t. IV, p. 312, 313, et 323, 324);

Ni de la séduction (Pothier, n° 228);

Ni de l'adultère (Pothier, n° 231; et *supra*, n° 125);

Ni même du meurtre (Pothier, n° 240);

Ni de la diversité de religion (nº 243; Merlin, *Rép.*, t. IV, vº *Empêch.*, § 5).

Plus d'empêchements enfin autres que ceux que la loi elle-même a créés et que nous venons de parcourir!

CHAPITRE II.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

SOMMAIRE.

136. — Qu'est-ce que l'opposition à un mariage? — Réflexions générales.
137. — Division de notre chapitre II.

SECTION I.

PAR QUELLES PERSONNES ET POUR QUELLES CAUSES LES OPPOSITIONS AU MARIAGE PEUVENT-ELLES ÊTRE FORMÉES?

138. — La qualité de l'opposant et la cause de l'opposition sont deux conditions en général corrélatives. — Division de cette section.
139. — 1º L'époux, au préjudice duquel son conjoint veut se remarier, peut former opposition. — *Quid*, de la personne qui invoquerait seulement une promesse de mariage? — ou un mariage célébré devant un prêtre?
140. — 2º Du droit d'opposition qui appartient aux père et mère et autres ascendants. — A. Dans quel ordre peuvent-ils l'exercer? — La mère peut-elle former opposition, quand le père existe? — L'aïeule d'une ligne peut-elle former opposition, quand l'aïeul de la même ligne existe? — Lorsqu'une des lignes consent au mariage, l'autre ligne peut-elle y former opposition? — *Quid*, des bisaïeuls et bisaïeules? etc. — B. Les ascendants peuvent former opposition au mariage de leurs enfants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis, et sans être tenus d'en énoncer les motifs dans l'exploit. — S'ensuit-il que dans le cas même où l'opposition ne serait pas fondée sur un empêchement légal, les magistrats devraient ou du moins pourraient la maintenir?
141. — *Quid*, si l'opposition de l'ascendant était fondée sur la démence du futur époux?
142. — L'article 173 s'applique-t-il aux père et mère de l'enfant naturel reconnu? — *Quid*, si l'enfant n'a pas été reconnu, ou s'il a perdu ses père et mère? — Renvoi.

143. — 3° Quels sont les parents de la ligne collatérale qui peuvent former opposition?

144. — Tout individu qui pourrait provoquer l'interdiction d'une personne, peut-il former opposition à son mariage? — Par exemple, les neveux et nièces peuvent-ils former opposition au mariage de leurs oncles ou tantes? — Les enfants, au mariage de leurs ascendants?

145. — Tous ceux qui peuvent provoquer l'interdiction, ne peuvent-ils pas du moins former opposition au mariage, pour cause de démence du futur époux? — *Quid*, si l'opposition au mariage est formée depuis la demande en interdiction, et pendant le cours de l'instance?

146. — Pour quelles causes l'opposition peut-elle être formée par les collatéraux désignés dans l'article 174? — Et sous quelles conditions?

147. — 4° A quelles personnes l'article 175 confère-t-il le droit de former opposition? — Du tuteur. — Du curateur. — Du conseil de famille.

148. — Pour quelles causes, dans le cas de l'article 175, le tuteur ou le curateur peuvent-ils former opposition?

149. — Par qui l'opposition peut-elle être formée au mariage d'un mineur, enfant naturel non reconnu, ou qui a perdu ses père et mère?

150. — L'opposition peut-elle être formée par d'autres personnes que celles auxquelles les articles 172-175 en confèrent le droit? — *Quid*, des alliés? — *Quid*, des parents de l'un des futurs, qui fonderaient leur opposition sur ce que l'autre futur époux serait en démence ou n'aurait pas obtenu les consentements nécessaires?

151. — Le procureur de la République peut-il former opposition à un mariage? — Et dans quels cas?

152. — Toute personne qui connaît un empêchement au mariage, peut d'ailleurs en informer officieusement soit le procureur impérial, soit l'officier de l'état civil. — Effet de cet avertissement.

SECTION II.

SUIVANT QUELLES FORMES L'OPPOSITION DOIT-ELLE ÊTRE FAITE? ET A QUEL MOMENT?

153. — L'opposition se fait par acte extrajudiciaire. — Elle doit réunir les formes communes à tous les exploits et quelques formes spéciales. — Lesquelles?

154. — Le défaut de signature de l'opposant ou de son fondé de pouvoir spécial et authentique, entraînerait-il la nullité de l'acte d'opposition? — *Quid*, si l'opposant ne sait pas signer?

155. — L'exploit doit contenir la qualité de l'opposant et la cause de son opposition. — L'huissier a-t-il le droit de les apprécier?

156. — L'acte d'opposition doit contenir élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré. — Mais quel est ce lieu?

157. — Cette élection de domicile est-elle attributive de juridiction?

158. — L'opposition doit être signifiée à l'officier de l'état civil et aux parties.

159. — L'officier de l'état civil doit mettre son *visa* sur l'original. — Peut-il le refuser? — *Quid*, s'il le refuse?

160. — A quel officier de l'état civil l'opposition doit-elle être signifiée?

161. — L'officier de l'état civil doit faire mention, sur ses registres, soit des oppositions, soit des jugements ou des actes de mainlevée.
162. — L'opposition peut être faite jusqu'au moment de la célébration du mariage.

SECTION III.

QUELS SONT LES EFFETS DE L'OPPOSITION?

163. — En cas d'opposition, l'officier de l'état civil doit surseoir à la célébration du mariage. — *Quid*, pourtant si l'opposition est nulle, en la forme, ou si elle est faite par une personne sans qualité ou pour une cause non reconnue par la loi?
164. — De la mainlevée volontaire de l'opposition.
165. — De la mainlevée judiciaire. — Par qui peut-elle être demandée? — Et devant quel tribunal?
166. — La demande en mainlevée est-elle dispensée du préliminaire de conciliation? — Quels sont, en ce cas, les délais d'ajournement et d'appel?
167. — Le tribunal de première instance et, en cas d'appel, la Cour impériale, doivent *statuer dans les dix jours*. — Explication de ces mots.
168. — Le jugement rendu par défaut serait-il, en ce cas, susceptible d'opposition?
169. — Le pourvoi en cassation est-il alors suspensif?
170. — Suite. — Des effets de la cassation en ce qui concerne les jugements ou arrêts sur les mainlevées d'opposition au mariage.
171. — *Quid*, si l'opposant décède pendant l'instance en mainlevée, laissant des héritiers qui n'ont pas eux-mêmes qualité pour former opposition?
172. — Effets de la décision judiciaire, soit qu'elle maintienne, soit qu'elle lève l'opposition.
173. — Dans le cas où l'opposition, rejetée pour vices de forme, a néanmoins révélé un empêchement légal et d'ordre public, les magistrats peuvent-ils défendre à l'officier de l'état civil de passer outre à la célébration du mariage?
174. — Des dommages-intérêts auxquels peuvent être condamnés les opposants.
174 *bis*. — A qui appartient, en cas pareil, le droit de demander des dommages-intérêts?
175. — Les ascendants ne peuvent pas être condamnés aux dommages-intérêts. — Mais *quid*, des dépens?
176. — La même personne ne peut-elle former qu'une seule opposition? — Ou, au contraire, une seconde opposition peut-elle être formée après le rejet de la première? une troisième après le rejet de la seconde, etc?

136. — Voilà donc les empêchements de mariage établis.

L'officier de l'état civil doit, au premier rang, sous sa

responsabilité personnelle, en assurer l'efficacité et se refuser à la célébration d'un mariage auquel s'oppose un empêchement légal. Les parties elles-mêmes sans doute devraient également, sinon par respect pour la loi, du moins le plus souvent dans leur propre intérêt, s'y soumettre. Mais il peut arriver que les empêchements soient ignorés de l'officier de l'état civil et des parties, ou même dissimulés frauduleusement par celles-ci à l'officier public. Il fallait donc pourvoir au moyen de les découvrir et de les connaître. Ce moyen, que la loi a spécialement organisé, est l'*opposition*, c'est-à-dire en général, l'acte par lequel une personne signale à l'officier de l'état civil et aux parties un obstacle à la célébration du mariage.

Sage et prévoyante mesure, puisqu'elle est la sanction nécessaire et presque la seule des empêchements prohibitifs, et qu'en ce qui concerne les empêchements dirimants, elle peut préserver les parties, leur famille et la société tout entière, des dommages et des désordres qu'entraîne inévitablement la nullité d'un mariage déjà célébré. — Mesure toutefois délicate aussi et périlleuse, et qui pouvait devenir, si l'on n'y avait pris garde, un moyen de méchanceté et de vexation au service des intérêts blessés, des espérances déçues, de la vanité humiliée, des mécontentements enfin de toutes sortes, fondés ou non fondés, que suscitent très-souvent les projets de mariage. C'est par ce motif que le Code Napoléon n'a pas voulu que la faculté d'opposition dégénérât *en action populaire* (Portalis), et que plus positif et plus précis que notre ancien droit (Pothier, n° 82; Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Opposition à mariage*, n° 3), il a déterminé tout à la fois par quelles personnes et pour quelles causes les oppositions pourraient être formées. Préoccupé des anciens abus, n'a-t-il pas, afin d'en prévenir le retour, resserré au contraire dans des limites trop étroites le droit d'opposition? ce n'est pas sans quelque raison peut-être qu'on l'en a généralement accusé (Delvincourt, t. 1, p. 58,

note 5; Toullier, t. I, nº 581; Duranton, t. II, nº 192; Vazeille, t. I, nºs 165 et 168), quoique pourtant le mérite de ce reproche dépende beaucoup de la manière dont ses dispositions devront être interprétées.

137. — Examinons, en ce qui concerne les oppositions au mariage :

1° Par quelles personnes et pour quelles causes elles peuvent être formées?

2° Suivant quelles formes et à quel moment?

3° Quels sont leurs effets?

SECTION I.

PAR QUELLES PERSONNES ET POUR QUELLES CAUSES LES OPPOSITIONS AU MARIAGE PEUVENT-ELLES ÊTRE FORMÉES?

138. — Je réunis ces deux idées, parce qu'en effet, dans la théorie de la loi, elles se tiennent et se correspondent. *La qualité de l'opposant* et *la cause de son opposition*, sont en général (si on en excepte les ascendants) deux conditions corrélatives, qu'il ne faut point séparer. L'opposant n'a qualité qu'autant qu'il présente une cause d'opposition, que la loi l'autorise lui-même à former; et réciproquement, la cause d'opposition n'est recevable qu'autant qu'elle est présentée par une personne autorisée à cet effet (comp. 172, 174, 176).

Le chapitre III de notre titre du Code Napoléon accorde à quatre classes de personnes le droit de former opposition :

1° A l'époux, du vivant duquel son conjoint veut se remarier (art. 172);

2° Aux ascendants (art. 173);

3° A certains collatéraux (art. 174);

4° Au tuteur et au curateur (art. 175).

Il faut donc voir pour quelles causes et sous quelles conditions ces différentes personnes peuvent agir. Nous

examinerons en outre si cette énumération du chapitre III est tellement restrictive, que le droit d'opposition ne puisse être absolument exercé par aucun autre.

139. — 1° « Le droit de former opposition à la célé« bration du mariage appartient à la personne engagée « par mariage avec l'une des deux parties contractantes. » (art. 172), ou plus exactement avec l'une des deux parties qui se proposent de contracter mariage.

La qualité de l'opposant annonce alors aussitôt, par elle-même, la cause de l'opposition. Rien de plus juste d'ailleurs et de plus moral que de permettre à l'époux de défendre son titre, d'autant plus qu'il aurait ensuite le droit de demander la nullité même du mariage (art. 139, 147, 188).

A l'époux, dis-je, *à la personne engagée par mariage;* donc, point à la personne qui n'invoquerait qu'une promesse de mariage, lors même qu'il y aurait eu des relations illicites et des enfants naturels réciproquement reconnus (Rouen, 7 déc. 1825, Beauvais, D., 1826, II, 87; *voy.* au reste *supra,* nos 27-31).

A l'époux, c'est-à-dire, bien entendu, à l'époux tel devant la loi civile; donc, point à l'époux divorcé sous l'empire de la loi du 8 mai 1816; donc, point à la personne qui n'invoquerait que la célébration d'un mariage religieux devant un prêtre (Bordeaux, 20 juill. 1807, Charonceuil C. Petit, Sirey, 1809, II, 389; Cass., 16 oct. 1809, Charonceuil, Sirey, 1810, I, 60).

N'induisez pas d'ailleurs de la rédaction de l'article 172 que le droit d'opposition n'appartienne alors qu'à l'époux. Les ascendants pourraient certainement encore l'exercer dans ce cas (*infra,* n° 140), et même aussi, suivant moi, le ministère public (*infra,* n° 151).

140. — 2° « Le père, et à défaut du père, la mère, « et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules peu« vent former opposition au mariage de leurs enfants et

« descendants, encore que ceux-ci aient vingt cinq ans « accomplis. » (Art. 173.)

Deux points sont ici à préciser : d'abord, l'ordre dans lequel les ascendants peuvent former opposition; ensuite, les causes en vertu desquelles cette opposition peut être formée par eux.

A. — Il résulte des termes mêmes de notre article que le droit d'opposition n'appartient pas collectivement et concurremment à tous les ascendants, mais qu'il ne peut être au contraire exercé par chacun d'eux que graduellement et dans l'ordre successif déterminé par cet article 173 :

Donc, par le père seul en première ligne et point par la mère, point par les aïeuls et aïeules. — D'accord, direz vous, pour ce qui concerne les aïeuls et aïeules; car lorsque le père existe, l'enfant n'est pas tenu de leur demander leur consentement, s'il est mineur pour le mariage, ni leur conseil par des actes respectueux, s'il est majeur (art. 150, 151); c'est alors une affaire, où, légalement du moins, ils n'ont rien à dire ni à voir; on ne pouvait donc pas leur accorder, dans ce cas, le droit d'opposition. Mais il en est autrement de la mère, dont l'enfant doit toujours, même du vivant de son père, demander le consentement ou le conseil (art. 148 et 151); donc, la mère a toujours aussi qualité pour former opposition. Tel est effectivement l'avis de certains auteurs, pour le cas du moins où l'enfant mineur pour le mariage, doit demander le consentement de sa mère. Mais j'ai expliqué déjà pourquoi cet avis, directement contraire à notre texte même, ne me paraît pas devoir être adopté (*supra*, n° 39).

Ce n'est donc qu'à défaut du père, c'est-à-dire s'il est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, que la mère peut former opposition.

De même que ce n'est qu'à défaut de la mère, décédée ou ne pouvant pas manifester sa volonté, que les aïeuls

et aïeules en ont le droit. Les *aïeuls et aïeules*, c'est ce que porte l'article 173. Il faut s'entendre pourtant : est-ce à dire que l'aïeule pourra former opposition concurremment avec l'aïeul de la même ligne? Il est vrai que la rédaction équivoque de notre article semblerait favoriser ce concours; mais on avait précisément proposé, dans le conseil d'État, un changement, afin de détruire cette ambiguïté (Locré, *Lég. civ.*, t. IV, p. 357, 358); et quoique ce changement n'ait pas eu lieu, n'en tenez pas moins pour certain que l'aïeule ne peut point partager, avec l'aïeul de la même ligne, un droit que la mère ne partage pas avec le père. En effet, s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul (art. 150), comme en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit (art. 148).

La nouvelle rédaction proposée sur l'article 173 était ainsi conçue : « Le père, et à son défaut, la mère; au défaut du père et de la mère, les aïeuls; et au défaut d'aïeuls, les aïeules.... » De là, il paraissait résulter qu'en aucun cas, les aïeules d'une ligne ne pouvaient former opposition qu'à défaut d'aïeuls, même d'une autre ligne. Et c'est afin de prévenir cette autre interprétation, non moins inexacte, sous un autre rapport, que celle qui pouvait naître du premier projet, que ce changement n'a pas été adopté (Locré *sur l'article* 173; Delvincourt, t. I, p. 57, note 4; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Oppos. sur l'article* 173, n° 3; Zachariæ, t. III, p. 229, note 6). Il est en effet conforme aux principes (art. 150) que le droit d'opposition appartienne concurremment à chacune des lignes paternelle et maternelle, lors même que l'une d'elles serait représentée par un aïeul, et l'autre seulement par une aïeule.

Mais supposez pourtant que l'une des lignes consente au mariage; l'autre ligne pourra-t-elle même alors former opposition? La négative semblerait d'abord ration-

nelle : en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit ; et la mère ne peut pas se rendre opposante (art. 148) ; or, en cas de dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement (art. 150) ; donc, la ligne, qui refuse, ne doit pas pouvoir non plus se rendre opposante, puisque son opposition ne peut rien contre la ligne qui consent. — Je ne pense pas toutefois qu'il en soit ainsi; il ne faut pas comparer, en ce qui concerne le droit d'opposition, le père et la mère d'une part, avec les aïeuls et les aïeules d'autre part ; la différence qui les distingue, je viens à l'instant même de la dire ; le droit d'opposition n'appartient à la mère qu'à défaut du père, tandis qu'il appartient concurremment aux aïeuls et aïeules de l'une et l'autre ligne (article 173) ; or, il ne leur appartiendrait pas en effet concurremment, si la ligne, qui refuse, était empêchée de l'exercer par la ligne qui consent. Lorsqu'un enfant, majeur pour le mariage, adresse des actes respectueux à ses père et mère, qui n'approuvent ni l'un ni l'autre son projet, n'est-il pas vrai que si le père, quoique désapprouvant le mariage, n'y forme pas néanmoins opposition, la mère n'en pourra pas former ? oui, sans doute; eh bien, au contraire, si cet enfant, majeur pour le mariage, adressait en même temps ses actes respectueux à ses aïeuls ou aïeules des deux lignes, il est certain que l'une des deux lignes, quelle qu'elle fût, aurait le droit de former l'opposition, lors même que l'autre ne voudrait pas la former; donc, il y a une différence incontestable. Le motif en est sans doute que la loi a cru pouvoir, lorsque le père lui-même existe, le constituer à cet égard juge souverain; car c'est en lui que réside l'autorité paternelle (art. 373) ; car il s'agit de son propre enfant, de son fils ou de sa fille ; et il n'est pas possible de présumer qu'il ignore rien de ce qui les concerne ou qu'il y soit indifférent. Si donc il ne forme pas d'opposition, c'est qu'il estime, dans sa sagesse, que

tel est encore, dans l'intérêt de son enfant et de la famille, le parti le meilleur. Mais les aïeuls et aïeules n'offrent plus déjà autant de garanties; leur affection, non moins vive, est quelquefois pourtant mêlée aussi de plus de faiblesse; et l'on conçoit que la loi permette alors aux uns l'opposition à défaut des autres. — S'il y a dissentiment entre les deux lignes, le partage emporte consentement (art. 150). — Sans doute; aussi, dans le cas où la ligne opposante ne se fonderait pas sur un empêchement légal, le mariage devra-t-il se faire. Mais en attendant qu'elle ait révélé la cause de son opposition, remarquez qu'il y a ici quelque chose de plus qu'un *simple dissentiment;* non seulement cette ligne ne consent pas, elle s'oppose! Eh bien, alors, la loi déclare qu'il faudra au moins l'écouter.

Il ne faut pas hésiter d'ailleurs à reconnaître le droit d'opposition dans la personne des bisaïeuls et des bisaïeules, etc., à défaut d'aïeuls et d'aïeules (*supra,* n° 48). Car ce n'est qu'à *défaut d'aucun ascendant* que l'article 174 accorde ce droit à certains collatéraux.

B.— La loi s'écarte, à l'égard des ascendants, de la règle d'après laquelle, en général, elle n'accorde le droit d'opposition à certaines personnes que pour certaines causes corrélativement déterminées (*supra,* n° 138); non-seulement l'article 173 ne limite pas à des causes spéciales le droit d'opposition des ascendants; mais il ajoute qu'ils pourront l'exercer, encore que leurs enfants aient vingt-cinq ans accomplis (ou vingt et un ans, s'il s'agit d'une fille, art. 148). Donc, lors même que l'enfant n'a pas besoin du consentement de ses ascendants, ceux-ci peuvent former opposition, soit qu'il s'agisse d'un premier ou d'un second ou d'un subséquent mariage, soit que l'enfant déjà veuf et qui se remarie, ait ou n'ait pas lui-même des enfants, et quels que soient d'ailleurs l'âge, la fortune et la condition sociale de l'enfant. Dans tous les cas enfin, les ascendants peuvent former opposition;

aussi l'article 176 les dispense-t-il d'en énoncer les motifs dans l'exploit.

Cette première proposition est incontestée et en effet incontestable. Mais quelle en doit être la conséquence? c'est ici que les opinions se divisent.

S'ensuit-il que, dans le cas même où l'opposition d'un ascendant ne serait fondée sur aucune cause légale d'empêchement, les magistrats devraient ou du moins pourraient cependant la maintenir et empêcher ainsi le mariage?

Pour l'affirmative on a dit : 1° La loi n'accorde pas seulement aux ascendants le droit de former opposition pour toutes les causes d'empêchements déterminés par elle; les articles 173 et 176 leur confèrent ce droit de la manière la plus absolue, et même par conséquent pour des causes que la loi aurait pu ne pas prévoir; or, ce droit serait dérisoire, si les tribunaux devaient toujours et nécessairement donner mainlevée de l'opposition, qui ne reposerait pas sur un empêchement écrit dans la loi même; pourquoi, en effet, autoriserait-on une opposition qui serait évidemment mal fondée, et qui ne pourrait, en aucun cas, empêcher le mariage? donc, il en résulte virtuellement que les tribunaux pourraient maintenir l'opposition d'un ascendant, lors même qu'elle ne serait pas fondée sur un des cas d'empêchement établis par la loi. 2° Une jeune fille a été séduite par un repris de justice, par un forçat libéré, qui servait comme domestique dans sa famille! voilà le père, au désespoir, qui forme opposition à ce mariage! voilà le chef de cette famille pleine d'honneur qui demande aux magistrats de ne pas récompenser une odieuse séduction, de ne pas laisser flétrir son nom, de préserver surtout sa malheureuse enfant d'une irréparable infortune! croyez-vous donc qu'il n'importe pas à la société elle-même et à la morale publique qu'on puisse empêcher ce mariage? n'y aurait-il pas une déplorable lacune dans la législation qui

serait impuissante à prévenir un tel scandale? et pourtant, cherchez parmi les causes déterminées d'empêchement, vous n'en trouverez pas une qui s'y applique. Eh bien! c'est pour de telles circonstances que la loi confère aux magistrats un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Notre ancien droit était aussi conforme à ces principes (*Code Matrimonial*, v° *Opposition*, p. 750-753 et v° *Enfants de famille*, p. 553-559; Basnage *sur l'article* 369 *de la Cout. de Normandie*, t. II, p. 23, 24). Il ne s'agit pas, bien entendu, de ressusciter les empêchements fondés sur la seule inégalité des fortunes ou du rang social, de prohiber enfin ce qu'on appelait jadis les *mésalliances;* il s'agit de l'honneur des familles, de toutes les familles, riches ou pauvres, obscures ou illustres; et voilà pourquoi ce droit d'opposition n'est accordé qu'aux ascendants, qui en sont les gardiens et les dépositaires, et dont l'affection d'ailleurs offre toutes les garanties désirables.

3° Ce pouvoir est arbitraire, dites-vous? non; car les magistrats ne l'exercent qu'en vertu même de la loi qui le leur confère; car l'empêchement par eux consacré en pareil cas, devient dès lors un empêchement légal; car enfin, ce pouvoir arbitraire, ou plutôt cet *arbitrage*, est souvent un moyen indispensable pour la bonne administration de la justice qui est finalement le but de toutes les lois. Est-ce que, par exemple, lorsque le Code Napoléon autorisait le divorce pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves (art. 231), les magistrats n'étaient pas chargés d'apprécier le caractère de ces excès et de ces injures? or, s'ils avaient ce pouvoir pour prononcer la dissolution même du mariage, comment s'étonner qu'ils l'aient *a fortiori* pour empêcher la célébration? (Caen, 9 juin 1813, Dubois-Tesselin, Sirey, 1813, II, 377; Bourges, 30 mars 1813, Maupou, Sirey, 1813, II, 169; Caen, 18 mai 1827, Lepelletier, *Rec. de Rouen et de Caen*, t. VIII, p. 54; Delvincourt, t. I, 59, note 4.)

Vous allez voir pourtant qu'il n'en saurait être ainsi. De deux choses l'une en effet :

Ou les tribunaux devraient toujours maintenir l'opposition formée par un ascendant, qu'elle qu'en fût la cause, sérieuse ou frivole, légale ou non légale ; et alors il est évident que les enfants ne pourraient à aucun âge se marier sans *le consentement* de leurs ascendants ; or, les articles 148-150 déclarent qu'ils n'ont besoin de ce consentement que jusqu'à vingt et un ans pour les filles, et jusqu'à vingt-cinq ans pour les garçons ; et les articles 151, 152 ajoutent que, passé cet âge, ils doivent seulement adresser à leurs ascendants des actes respectueux, après lesquels *il pourra être passé outre à la célébration du mariage;* donc, ce système qui accorderait toujours à l'opposition des ascendants un effet péremptoire et absolu, ce système serait le renversement de toute la théorie de notre Code et la violation la plus expresse des articles mêmes que je viens de citer.

Ou bien les magistrats seraient, comme on le soutient, chargés d'apprécier, suivant les circonstances, la gravité plus ou moins grande des causes d'opposition ; et alors, il est évident aussi que, dans certains cas du moins, les enfants, même après vingt et un et vingt-cinq ans, ne pourraient pas se marier sans le consentement de leurs ascendants ; or, dans ces cas, les articles 148-150 n'en seraient pas moins violés ; donc, cette seconde alternative est également repoussée par le texte même de la loi. Eh ! qui ne voit, en outre, combien elle serait arbitraire et menaçante pour la liberté des personnes? Comment ! le Code Napoléon a pris soin d'énumérer, de préciser les causes d'empêchement au mariage; et détruisant lui-même son œuvre, il aurait laissé aux tribunaux la faculté indéfinie d'en créér d'autres encore, d'en créer autant qu'ils voudraient, au gré de leurs opinions individuelles, et suivant les circonstances et la qualité des personnes ! non, cela ne peut pas être. Je suis assurément touché

aussi du malheur de ce père, qui voudrait arracher son enfant à de funestes égarements et le sauver d'un honteux mariage; mais ce sont là des douleurs privées comme il y en a tant d'autres, que la loi commune du pays est impuissante à secourir! elle ne le pourrait ici, par exemple, qu'aux dépens du principe qui consacre la capacité civile des personnes; car cet arbitraire une fois admis, serait sans contrôle et sans limite. Il faut bien sans doute accorder quelquefois aux tribunaux un pouvoir d'appréciation, comme en matière de divorce avant 1816, comme aujourd'hui en matière de séparation de corps (art. 232, 306), et dans beaucoup d'autres cas encore (art. 955, etc.). C'est en cela même que consiste l'exercice du pouvoir judiciaire, dont la mission est d'appliquer le droit au fait, et par conséquent d'examiner et d'apprécier le fait; mais c'est le pouvoir législatif qui crée et qui seul peut créer le droit, et qui doit même laisser le moins de place possible à l'arbitraire du juge: *optimam legem quæ minimum relinquit arbitrio judicis* (Bacon, *Aph.*, 8). — Mais enfin, dit-on, pourquoi donc permettre aux ascendants de former opposition même pour des causes qui ne constituent pas un empêchement légal? — Voici la réponse : « Souvent on n'a aucune raison décisive pour empêcher un mauvais mariage; mais un père ne peut pas renoncer à l'espoir de ramener son enfant par des conseils salutaires; il se rend opposant, parce qu'il sait que le temps est une grande ressource contre les déterminations qui peuvent tenir à la promptitude de l'esprit, à la vivacité du caractère ou à la fougue des passions. » (Portalis.) Autre chose est d'ailleurs le simple refus de consentir, ce rôle purement passif; autre chose l'opposition, cette attitude agressive que prend l'ascendant. Il est plus d'un enfant qui se serait marié peut-être après avoir fait seulement des actes respectueux à son père, et qui s'arrêtera s'il lui faut entreprendre contre lui un véritable procès en mainlevée

d'opposition, eût-il même la certitude de réussir. Et l'autre partie et sa famille, croyez-vous qu'elle soit, en général, flattée d'un projet de mariage qui s'annonce sous de tels auspices? Il y a donc là, même dans ce droit d'opposition ainsi entendu, une efficacité véritable et qui peut souvent arrêter, en fait, le mariage. Mais lorsque l'enfant pourtant n'en tient pas compte et persiste, il faut nécessairement donner mainlevée de l'opposition si elle ne repose pas sur une cause légale d'empêchement (Bordeaux, 22 mai 1806, Crouzeilles, Sirey, 1807, II, 1050; Bruxelles, 17 janv. 1809, M.... C. sa fille, Sirey, 1809, II, 268; Cass., 7 nov. 1814, Maupou, Sirey, 1815, I, 245; Caen 19 mars 1839, Vasselin, Dev., 1839, II, 275; Montpellier, 12 août 1839, Talavigne, Dev., 1839, II, 540; Paris, 2 déc. 1851, *Gazette des Tribunaux* du 3 déc. 1851; Merlin, *Rép.* t. XVII, v° *Oppos. sur l'article* 173, n° 4; Duvergier, sur Toullier, t. I, n° 584, note *a*; Duranton, t. II, n°s 191, 192; Vazeille, t. I, n°s 159, 160; Valette sur Proudhon, t. I, p. 422, note *a*, 11; et *Expl. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 101; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 28; Massé et Vergé, t. I, p. 193; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 204; Demante, t. I, n° 244 *bis*, I; *Revue de Législation*, 1852, t. III, p. 146 et suiv., article de M. l'avocat général Ancelot).

On voit que tel est le dernier état de la jurisprudence et que la Cour impériale de Caen elle même est revenue à ces principes. Mais pourtant cette cour n'a-t-elle pas fait encore une sorte de concession à la doctrine de ses arrêts de 1813, en décidant qu'il est permis sinon d'*empêcher*, du moins de *retarder* la célébration du mariage, lorsque l'opposition est formée à la requête d'un ascendant, même en dehors des causes légales d'empêchement? (Caen, 20 nov. 1837, Regnault-Bretel, Dev., 1839, II, 198; Caen, 23 mai 1841, de La Geneste, *Rec. de Caen*, t. VI, p. 236.)

Du moins, en ce qui me concerne, je n'admets pas

même ce tempérament (*supra*, n° 23; comp. Pau 18 juin 1867, Casamayor, Dev. 1868, II, 181).

141. — Je crois encore par ces motifs, que lors même que l'opposition de l'ascendant serait fondée sur l'état de démence du futur époux, le tribunal pourrait user de la faculté que lui accorde l'art. 174, et en prononcer mainlevée pure et simple.

On objecte que l'art. 174 ne parle que des collatéraux; que les ascendants sont présumés connaître mieux leurs enfants, n'être inspirés toujours que par des sentiments d'affection; et qu'enfin la règle générale est que la demande en interdiction demeure soumise aux formalités prescrites par l'art. 494 du Code Napoléon, 890 et suivants du Code de procédure. (Bruxelles, 15 déc. 1812, Courouble, Sirey, 1813, II, 238; Merlin, *Répert.*, t. XVII, v° *Opp. sur l'art.* 174, n° 6.)

Je réponds qu'il ne s'agit pas ici d'une demande en interdiction, mais d'une demande en mainlevée d'opposition à mariage; telle est la cause principale dont les magistrats sont saisis; or, la loi ne leur trace, à cet égard, aucun mode d'instruction déterminé et nécessaire; donc, ils peuvent statuer immédiatement, si leur religion est assez éclairée. Sous ce rapport, l'art. 174 n'a vraiment rien de spécial, lorsqu'il autorise le tribunal à donner mainlevée pure et simple de l'opposition; ce qui est à noter dans cet article, c'est l'obligation, pour celui qui fonde son opposition sur la démence du futur époux, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement; or, on ne peut pas nier que cette disposition de l'article 174 ne soit applicable aux ascendants eux-mêmes, puisque autrement ils pourraient indéfiniment retarder le mariage de leurs enfants; donc, cette seconde partie de l'art. 174 leur est de tout point applicable. C'est qu'en effet il n'y a rien là que de conforme à la raison; c'est que, en reconnaissant que presque toujours les ascendants sont déterminés par de

louables motifs, il arrive pourtant quelquefois qu'ils ne sont pas non plus exempts de petites passions; et il ne faut pas que le tribunal soit forcé de s'arrêter devant une opposition fondée sur la démence d'un futur époux évidemment très-sain d'esprit (Cass., 6 janv. 1829, de Saint Léger, Sirey, 1830, I, 103; Caen, 11 oct. 1857, Londe; et 5 janvier 1858, Amand, Dev., 1858, II, 394, 395; Pau, 19 juin 1867, Casamayor, Dev., 1868, II, 181; Orléans, 26 août 1871, Tourangin, Dev., 1872, II, 145; Cass. 24 janv. 1872, Tourangin, Dev., 1872, I, 330; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 29.)

142. — L'article 173, quoique l'ensemble de sa rédaction semblerait d'abord ne comprendre que les ascendants légitimes, me paraît pourtant aussi applicable au père et à la mère de l'enfant naturel légalement reconnu. Telle est la conséquence raisonnable et logique de l'art. 158.

Mais si l'enfant naturel a perdu ses père et mère, ou s'il n'a jamais été reconnu, quelle personne aura qualité pour former opposition à son mariage? *Infra*, n° 149.)

143. — 3° « A défaut d'aucun ascendant, le frère ou « la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine « germains, majeurs, ne peuvent former opposition que « dans les deux cas suivants :

« 1° Lorsque le consentement du conseil de famille « requis par l'art. 160 n'a pas été obtenu;

« 2° Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence « du futur époux; cette opposition, dont le tribunal « pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera « jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provo- « quer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui « sera fixé par le jugement. » (Art. 174.)

Cet article énonce assez clairement quels parents, dans la ligne collatérale, pourront former opposition, et pour quelles causes.

A. — Quels parents? le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine *germains*.

Remarquez : 1° que ce droit ne leur appartient qu'à *défaut d'aucun ascendant;* 2° que, dans ce dernier cas, il est déféré à chacun d'eux individuellement et concurremment; 3° que notre article exige qu'ils soient *majeurs.*

Mais de cette dernière proposition faut-il conclure seulement qu'en cas de minorité des collatéraux désignés dans l'art. 174, l'opposition pourra être formée en leur nom par leur tuteur? Telle paraît être la seule conséquence qu'en ait déduite Merlin (*Rép.*, t. XVII, v° *Oppos. sur l'art.* 174, n° 4 et *sur l'art.* 175); et on pourrait invoquer en ce sens le principe général d'après lequel le tuteur représente le mineur (art. 450), et peut par exemple intenter, au nom de son pupille, une action en interdiction, que celui-ci aurait eu le droit d'intenter lui-même, s'il eût été majeur (Bruxelles, 15 mai 1807, Slagmulder, et 3 août 1808, Vandenkerkove, Sirey, 1807, II, 706, et 1813, II, 319; voy. aussi notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, n° 452).

Je ne pense pas néanmoins qu'il en soit ainsi : il était par trop évident que le mineur n'aurait pas pu former lui-même opposition au mariage; l'art. 174, en exigeant la majorité du collatéral opposant, n'a donc de sens qu'autant qu'il refuse cette action à son tuteur et qu'il en fait un droit tout personnel au parent. Ne confondez pas en effet l'article 174 avec l'article 175; il n'est question dans ce dernier article que du tuteur du futur époux lui-même (Locré, *Législ.*, t. IV, p. 453, n° 9); mais nulle part la loi ne donne au tuteur la faculté de se rendre opposant, au nom de son pupille, dans les deux cas prévus par l'article 174; or, le droit d'opposition ne peut être exercé que par ceux que la loi elle-même y autorise; et nous allons voir (*infra*, n° 144) que de ce qu'un parent pourrait provoquer l'interdiction de son parent, il n'en faut pas conclure qu'il puisse former opposition à son mariage; ces deux ordres d'actions ne sont pas régis par les mêmes principes.

144. — En effet, d'après l'art. 490, tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Le neveu et la nièce peuvent donc provoquer l'interdiction de leur oncle et de leur tante; bien plus, le fils et la fille peuvent provoquer l'interdiction de leurs père et mère ou autres ascendants.

En conclurez-vous qu'ils peuvent aussi former opposition à leur mariage? mais cette action, encore un coup, n'est pas *populaire!* elle ne peut être exercée que par ceux auxquels la loi elle-même l'accorde; or, aucun texte ne l'accorde ni aux enfants ni aux neveux et nièces. Nous voyons même l'article 174 la refuser implicitement à ces derniers; car il ne les nomme pas; et, en conférant ce droit aux cousins, c'est-à-dire à des parents d'un degré plus éloigné que les neveux, il ne l'accorde pas aux neveux. C'est que le législateur a pensé que l'opposition au mariage était incompatible avec la déférence que doivent les neveux et les nièces à leurs oncles ou tantes, et surtout les enfants à leurs ascendants, et qu'un tel procès les placerait, devant la justice, dans une attitude réciproque qu'elle ne devait pas tolérer (Bruxelles, 22 avril 1806, Goëthals, Sirey, 1807, II, 157; Aix, 16 mars 1813, de P... C. son fils et sa nièce, Sirey, 1814, II, 10; Toulouse, 9 janv. 1839, Roquelaine, Dev., 1839, II, 274; Lyon, 11 déc. 1850, B..., Dev., 1851, II, 189; Trib. civ. de Bourg-en-Bresse, 20 févr. 1870, Mullet, Dev., 1870, II, 126; Cass. 28 août 1872, Bertrand, Dev., 1872, I, 329; Delvincourt, t. I, p. 58, note 5; Proudhon, t. I, p. 423; Toullier, t. I, n° 585; Duranton, t. II, n° 193, note 1; Vazeille, t. I, n°s 165, 166; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 30; Massé et Vergé, t. I, p. 193; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 295; *voy.* aussi *Revue crit. de Jurisprudence*, 1851, p. 513; et un article de M. l'avocat général Ancelot, dans la *Revue de Législation*, 1852, t. III, p. 146 et suiv.).

145. — N'y a-t-il pas du moins quelque contradiction

d'une part à autoriser tous les parents à provoquer l'interdiction de leur parent pour cause de démence, et d'autre part à n'accorder le droit d'opposition à son mariage *pour cette même cause* qu'à un petit nombre d'entre eux?

La question a même été faite de savoir si l'article 490 ne dérogeait pas à l'article 174 (Vazeille, t. I, n° 168; A. D., v° *Mariage*, n° 266).

Il n'en est pas toutefois ainsi : d'abord, si l'individu qu'il s'agit d'interdire est déjà marié, il n'existe alors, bien entendu, aucune corrélation entre la poursuite en interdiction et le droit d'opposition au mariage, lequel ne saurait, dans ce cas, être exercé. — L'opinion d'après laquelle l'interdiction ne forme point, par elle-même et par elle seule, un empêchement de mariage (*supra*, n° 127), ne pourrait-elle pas invoquer encore cette différence faite ici par la loi elle-même entre le droit de poursuivre l'interdiction et celui de s'opposer au mariage, et constater à son profit ce défaut de corrélation, que le système contraire a été forcé de traiter d'inconséquence? — Enfin (et ce dernier motif me paraît le plus vrai), on a craint sans doute de donner carrière à une foule d'abus et de tracasseries, en accordant le droit de former opposition au mariage, pour cause de démence, à tous ceux qui pourraient provoquer d'ailleurs l'interdiction pour cette cause. S'il arrive quelquefois qu'un projet de mariage véritablement insensé devienne la cause légitime d'une poursuite en interdiction, il n'est pas moins certain qu'un mariage même très-raisonnable est fort souvent traité de *folie* par les parents, dont il ruine les espérances; et la loi devait surtout se défier de leurs dispositions, lorsqu'elles se trahissent sous la forme non pas d'une interdiction, mais d'une opposition directe au mariage. Voilà pourquoi elle n'accorde ce droit d'opposition directe qu'à un certain nombre de proches collatéraux parmi tous ceux qui pourraient également intenter une poursuite en interdiction.

Quoi qu'il en soit, on ne peut nier qu'il y a ici quelque chose qui semble anomal; et il peut en résulter certains embarras dans l'application. C'est, par exemple, un neveu ou un fils qui poursuit l'interdiction de son oncle ou de son père; il a qualité très-certainement (art. 490); mais voici que le défendeur à l'interdiction se dispose à contracter mariage; le neveu ou le fils demandeur en interdiction pourra-t-il former opposition? non, direz-vous, parce que l'opposition ne peut être formée que par ceux auxquels la loi en confère le droit, et qu'aucun texte ne l'accorde ni au neveu ni au fils, même pour cause de démence; il ne se peut point d'ailleurs qu'ils arrivent indirectement à un résultat qu'ils n'auraient pas pu obtenir directement; rien ne serait plus facile alors que de se jouer de l'article 174, qui n'accorde le droit d'opposition qu'à un petit nombre de collatéraux; il ne s'agirait, pour les autres, que de débuter par une demande en interdiction qu'ils feraient suivre d'une opposition au mariage. Aussi de l'article 174 « résulte évidemment la nécessité d'un jugement, qui précède la procédure sur l'interdiction et qui l'autorise. » (Bruxelles 13 thermidor an XI, Veralst c. Leclerch, D., *Rec. alph.*, t. X, v° *Mar.*, p. 65; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Opp. sur l'article* 174, n° 2; *voy.* aussi Paris, 21 févr. 1825, C.... c. son père, D., 1825, II, 211; Lyon, 24 janv. 1828, Leger, D., 1829, II, 121; Cass. 28 août 1872, Bertrand, Dev., 1872, II, 329).

Cette argumentation est serrée; mais voyez pourtant où elle nous conduirait, si nous n'en limitions pas les conséquences! c'est qu'alors même que la demande en interdiction se présenterait avec les caractères les plus graves, le tribunal, saisi de l'opposition au mariage, devrait nécessairement toujours en donner mainlevée, si l'opposant, demandeur en interdiction, n'appartenait point à la classe des collatéraux désignés dans l'article 174; qu'il devrait, dis-je, en donner mainlevée, quel que fût l'état de l'instruction du procès en interdiction, même

en présence d'un avis de parents favorable à l'interdiction (art. 494), même en présence des réponses les plus extravagantes du défendeur dans son interrogatoire (art. 496). J'ai peine à croire que la loi l'ait ainsi voulu. Deux droits sont ici en présence : le droit d'opposition au mariage, qui n'appartient qu'à ceux des collatéraux désignés dans l'article 174, et le droit de poursuivre l'interdiction, que l'article 490 confère à tous les parents. Il ne faut pas sacrifier l'un à l'autre; il faut au contraire les maintenir tous les deux, et pour cela les concilier dans une juste mesure; il est vrai, d'une part, que le droit de former opposition au mariage ne doit pas dépendre du mode de procéder adopté par le demandeur; peu importe donc, en général, que vous formiez votre opposition après votre demande en interdiction ou en même temps; on pourra toujours vous repousser par l'exception déduite de votre défaut de qualité pour former opposition au mariage. Mais, d'autre part, il est juste aussi de reconnaître à tout demandeur en interdiction le droit de provoquer, pendant l'instance, des mesures conservatoires, surtout lorsque le tribunal n'a point nommé d'administrateur provisoire (art. 497); or, l'opposition au mariage ne peut-elle pas, suivant les cas, avoir effectivement ce caractère? où serait d'ailleurs l'inconvénient de ce système, puisque le tribunal conserverait toujours, bien entendu, le droit de rejeter purement et simplement l'opposition, ou de fixer un délai dans lequel l'interdiction devrait être poursuivie? (Caen, 9 août 1837, 1re chambre, Dupont et femme.)

146. — B. Quant aux causes pour lesquelles l'opposition peut être formée par les collatéraux désignés dans l'article 174, elles sont au nombre de deux :

1° Lorsque le futur époux est mineur et n'a point obtenu du conseil de famille le consentement requis par l'article 160;

2° Lorsqu'il est en état de *démence*, terme générique

qui, dans la pensée du texte, comprend certainement aussi l'*imbécillité* et la *fureur* (comp. art. 174 et 489).

Notez, sur cette dernière cause, les observations suivantes :

1° L'opposant ne peut alors soutenir son opposion qu'à la charge de provoquer l'interdiction ; ce n'est pas toutefois qu'il doive prendre, à cet égard, l'offensive et former son opposition et sa demande en interdiction, soit concurremment, soit l'une après l'autre, dans un délai qu'aucun texte n'a déterminé ; ni l'article 174 ni les principes ne lui imposent ce devoir. L'opposition est un acte extrajudiciaire qui arrête la célébration du mariage, tant que la partie contre laquelle elle est formée n'en demande pas la mainlevée. Ce n'est qu'à ce moment que la lutte s'engage; et il suffit à l'opposant de provoquer alors l'interdiction pour obtenir le maintien de son opposition, ou, suivant le vrai sens de l'article 174, pour que son opposition soit *reçue;* car elle ne peut l'être que par le tribunal ; or, elle n'arrive devant le tribunal que par suite de la demande en mainlevée (Duranton, t. II, n° 196 ; Zachariæ, t. I, p. 231).

2° Il n'y a d'ailleurs rien de spécial, dans ce cas, sur le mode de poursuite en interdiction ; et les règles ordinaires doivent être suivies (art. 493 et suiv. ; Colmar, 15 déc. 1810, LC. c. LC., Sirey, 1811, II, 93). Seulement le tribunal fixe un délai dans lequel il doit y être statué (Lyon, 24 janv. 1828, Léger, D., 1829, II, 121).

3° Bien plus, comme ce délai même serait souvent déjà une satisfaction pour la méchanceté qui aurait dicté l'opposition, et pourrait entraîner d'ailleurs des conséquences préjudiciables, le tribunal, s'il reconnaît que la cause d'opposition est évidemment mal fondée, peut de suite, et sans plus ample informé, en prononcer mainlevée pure et simple (Paris, 29 messidor an XII, Brissot, Sirey, 1804, II, 172 ; Cass., 6 janv. 1829, Saint-Léger, D., 1829, I, 94 ; Merlin, *Rép.*, t. XVII, p. 247). Mais il ne faudrait

pas aller jusqu'à dire que le jugement pourrait alors être rendu *sur requête et sans appel*, comme l'avait demandé le Tribunat (Locré, t. IV, p. 454, n° 11); rien dans les textes n'autoriserait une telle dérogation aux principes. Il faudrait donc que l'opposant fût présent ou dûment appelé; et le jugement serait sujet à appel.

Un des meilleurs moyens en pareil cas, pour le tribunal, de s'assurer de la frivolité de l'opposition fondée sur la démence, serait, si rien d'ailleurs ne s'y oppose, de faire comparaître en personne la partie, au mariage de laquelle l'opposition est formée (Toullier, t. I, n° 585; D., *Rec.*, *Alph.*, v° *Mariage*, p. 64, n° 11).

147. — 4° « Dans les deux cas prévus par le précé« dent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant « la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition « qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de « famille qu'il pourra convoquer. » (Art. 175.)

A quelles personnes et pour quelles causes cet article confère-t-il le droit d'opposition?

A. A quelles personnes? au tuteur ou au *curateur*, s'il s'agit d'un mineur émancipé (art. 480, 482); au tuteur, dis-je, ou au curateur, parent ou même étranger; la loi ne considère ici ni la ligne ni le degré, ni même la parenté; c'est au tuteur ou au curateur, en cette qualité, qu'elle attribue l'action; mais il ne peut toutefois l'exercer seul, et il faut qu'il soit autorisé par le conseil de famille, *qu'il pourra convoquer*, suivant notre article 175, mais dont il faut dire, pour être plus correct, qu'il peut requérir la convocation (arg. de l'article 406). Il paraît bien d'ailleurs résulter des termes de l'article 175, combiné avec cet article 406, que l'initiative de cette mesure peut venir du conseil de famille lui-même (Proudhon, t. I, p. 422).

Il faut appliquer aussi aux membres qui composent le conseil de famille, la même observation que je viens de faire pour le tuteur; c'est comme *corps*, comme *conseil*

délibérant, qu'il reçoit ici cette mission; et elle lui appartient dès lors, dans tous les cas, lors même qu'il serait composé, en partie et même en majorité ou en totalité, de collatéraux plus éloignés que ceux désignés dans l'article 174.

Remarquez enfin que c'est non pas seulement à défaut des collatéraux désignés dans cet article 174, mais aussi concurremment avec eux, que l'article 175 accorde, dans les mêmes cas, au tuteur ou curateur, le droit d'opposition; d'où il suit que si, par exemple, un frère avait été membre de la minorité dans le conseil de famille qui aurait refusé d'accorder au tuteur l'autorisation de former opposition pour cause de démence, ce frère pourrait, en son propre nom, la former lui-même en vertu de l'article 174. Je dis : *pour cause de démence;* car si la majorité du conseil de famille avait consenti au mariage, le membre dissident, fût-il un frère, ne pourrait alors, bien entendu, fonder son opposition *sur ce que le consentement du conseil de famille n'aurait pas été obtenu* (art. 174-1°).

148. — B. Pour quelles causes?

« Dans les deux cas prévus par le précédent article.... » répond notre article 175.

Le premier est celui où le futur époux, mineur, n'a point obtenu du conseil de famille le consentement requis par l'article 160 (art. 174-1°). Il est tout simple que le conseil de famille soit lui-même le gardien de son autorité; les articles 174, 175 ont sagement fait d'ailleurs de veiller de très près à l'accomplissement de cette condition, dont le mineur pourrait chercher à s'affranchir, en trompant l'officier public par un faux acte de naissance ou par toute autre fraude.

Le second cas est, d'après l'article 174-2°, celui où l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. Mais comment l'appliquer dans l'hypothèse de l'article 175? de deux choses l'une, en effet : — ou il s'agit d'un mineur, et alors le conseil de famille n'a pas

besoin vraiment d'autoriser le tuteur à former opposition à son mariage *pour cause de démence;* il refusera son consentement ou il le révoquera, s'il l'avait déjà accordé; et il fera former l'opposition pour cette cause; le second cas se confond donc nécessairement alors avec le premier; — ou il s'agit d'un majeur; et alors, s'il n'est pas interdit, il n'a ni tuteur ni conseil de famille, et tout notre article 175 est complétement inapplicable; s'il est interdit, ce même article 175 ne peut pas davantage recevoir d'application par un autre motif; car il n'exprime la cause d'opposition que par son renvoi à l'article 174-2°; or l'article 174-2° n'est applicable qu'au cas où le futur époux n'est pas interdit, puisqu'il oblige, dans ce cas, l'opposant à provoquer l'interdiction.

Plusieurs explications différentes ont été proposées :

1° On a dit qu'il pouvait se faire qu'un ascendant, non tuteur, eût mal à propos donné son consentement au mariage, et que le conseil de famille, instruit de la démence du futur, autorisât le tuteur à y former opposition. — Mais l'article 175 renvoie aux cas prévus par l'article 174; et l'article 174 ne s'applique qu'*à défaut d'aucun ascendant.* Je ne crois pas en effet que ni tuteur ni conseil de famille puissent former opposition, lorsqu'il y a un ascendant.

2° On a supposé que le conseil de famille, après avoir donné son consentement, conçoit, sur l'état mental du futur époux mineur, des doutes qui, sans être assez puissants pour le déterminer à révoquer ce consentement, le portent néanmoins à autoriser le tuteur à former, à ses risques et périls, une opposition.

3° L'article 175 ne pourrait-il pas s'appliquer surtout au cas prévu de l'article 159, où le tuteur *ad hoc* aurait consenti au mariage de l'enfant naturel, tandis que le conseil de famille autoriserait le tuteur ordinaire à y former opposition?

4° Ces hypothèses, il faut le dire, sont presque trop

ingénieuses ; et il n'est pas supposable que la disposition générale de notre article 175 ait eu pour but de prévoir ces espèces exceptionnelles (comp. aussi Massol, *Revue de Droit français et étranger,* 1846, t. III, p. 177 et suiv.).

Aussi en est-on venu à reconnaître que l'*article* 175 *est rédigé d'une manière vicieuse* (Valette sur Proudhon, t. I, p. 422, note *a*), et que *cet article ne régit pas deux cas,* comme il le déclare, *mais bien un seul* (Duranton, t. II, n° 199).

Mais ceci est bien plus grave encore ! ce n'est qu'à la dernière extrémité, sans doute, qu'il faut se résoudre à accuser la loi d'un *non-sens !* or, je ne crois pas que nous en soyons là. Il me paraît, au contraire, que l'article 175 peut très-bien s'appliquer (pour le second cas) à l'hypothèse où le tuteur, avec l'autorisation de la famille, forme opposition pour cause de démence au mariage d'un *majeur interdit.* Je ne suis pas touché de l'objection, qui consiste à dire que l'article 174, auquel renvoie l'article 175, prévoit, au contraire, le cas où il n'y a pas interdiction, puisqu'il oblige l'opposant à la provoquer. La cause principale d'opposition énoncée dans l'article 174-2° est la démence ; et c'est à cette cause que renvoie l'article 175. S'il n'y a pas encore interdiction, l'opposant devra la poursuivre ; mais sa tâche sera toute remplie, si l'interdiction est déjà prononcée ; et il serait bien étrange que l'opposition ne fût pas alors recevable, précisément lorsqu'elle se présente avec sa preuve presque déjà faite ! Est-ce que vous croyez que les collatéraux désignés dans l'article 174 ne pourraient pas former opposition, pour cause de démence, au mariage de leur parent majeur et *déjà interdit?* Je le répète, cela ne me semblerait ni logique, ni raisonnable ; donc, l'article 174-2° n'est pas exclusif du cas où le futur époux majeur serait déjà interdit ; donc l'article 175 peut dès lors très-bien aussi s'appliquer à ce cas. Eh ! s'il ne s'y appliquait pas, qui donc aurait qualité pour former opposition au

mariage d'un majeur interdit? le tuteur seul, répond Duranton (t. II, n° 199). Mais cette solution n'est-elle pas ouvertement contraire au texte même de notre article 175, qui n'accorde au tuteur le droit d'opposition qu'*autant qu'il y a été autorisé par le conseil de famille?* (D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sec. IV, art. 2, n° 18; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 30.) Marcadé a aussi reconnu que le second cas, auquel s'applique l'article 175, est celui d'un majeur interdit (t. II, art. 175, n° 2); mais je demande encore pourquoi, si l'interdiction était par elle seule un empêchement de mariage, pourquoi, dis-je, le tuteur ne pourrait y former opposition qu'avec l'autorisation du conseil de famille? Ce serait là une sorte d'inconséquence, que Duranton n'a pas voulu reconnaître; mais il ne me paraît y avoir échappé, à son tour, qu'en violant, de son propre aveu, *la lettre même* de la loi (t. II, p. 142, n° 199). J'avais donc raison (*supra*, n° 127) de citer cet article 175 comme un argument puissant en faveur du mariage de l'interdit; car il arrive que les partisans de l'opinion contraire le voient se retourner contre eux, quelle que soit d'ailleurs l'interprétation qu'ils lui donnent.

149. — Delvincourt enseigne qu'à l'égard de l'enfant naturel non reconnu, ou de celui qui, ayant été reconnu, a perdu ses père et mère, le tuteur, même non autorisé, peut former opposition (t. I, p. 297, note 1).

Cette solution ne me paraît pas exacte : et d'abord, si l'enfant naturel avait moins de quinze ans ou de dix-huit ans, suivant qu'il s'agira d'un garçon ou d'une fille, je pense que le procureur impérial aurait qualité pour former opposition; l'empêchement serait alors d'ordre public (*infra*, n° 151). Que si l'enfant naturel, ayant l'âge requis par l'article 144, mais moins de vingt et un ans (art. 160), veut se marier, de deux choses l'une : ou il a déjà un tuteur; et alors celui-ci peut former opposition, en obtenant l'autorisation du conseil de famille, suivant

l'article 175, autorisation dont rien ne me paraît le dispenser. Il est d'ailleurs inexact de dire, comme Delvincourt, que l'enfant *naturel n'a pas de conseil de famille ;* il faut bien vraiment qu'il en ait un pour que la tutelle puisse marcher ! (Art. 450 et suiv. ; *supra,* n° 147.) Ou l'enfant n'a pas encore de tuteur; et alors je pense qu'il appartient au juge de paix d'y pourvoir, suivant la règle générale écrite dans l'article 406.

150. — Nous venons de parcourir les quatre classes de personnes auxquelles les articles 172, 173, 174 et 175 confèrent textuellement le droit d'opposition (*supra,* n° 138).

Reste à savoir s'il en est d'autres qui puissent encore l'exercer.

Le principe général, à cet égard, est à peu près unanimement reconnu ; on ne se divise guère que dans l'application. Ce principe, c'est que les rédacteurs du Code Napoléon ayant voulu restreindre le droit d'opposition à certaines personnes déterminées, ce droit ne peut être exercé que par ceux auxquels un texte de loi le confère. C'est ainsi que nous avons déjà constaté que ni les enfants ni les neveux et nièces ne peuvent former opposition au mariage de leurs ascendants ou de leurs oncles ou tantes (*supra,* n° 144). C'est ainsi qu'il faut encore tenir pour certain que ce droit n'appartient pas aux alliés, même les plus proches, ni aux parents d'un futur époux, en tant qu'ils fonderaient leur opposition sur ce que l'*autre futur époux,* dont ils ne seraient point parents, n'aurait pas obtenu le consentement du conseil de famille ou serait en état de démence.

151. — Mais c'est, au contraire, une question délicate et controversée que celle de savoir si le procureur impérial peut, dans certains cas, former opposition à un mariage ?

Trois opinions sont en présence :

La première lui refuse, absolument et dans tous les cas, le droit d'opposition, soit parce qu'en règle géné-

rale le ministère public ne peut agir d'office, en matière civile, que *dans les cas spécifiés par la loi* (art. 46 de la loi du 20 avril 1810), soit parce que, d'après les règles particulières de notre sujet, nul ne peut former une opposition qu'en vertu d'un texte ; or, aucun texte n'autorise le procureur impérial à s'opposer, d'office, à un mariage (comp. 172-175). Il pourrait sans doute paraître raisonnable que le ministère public eût le droit d'opposition, toutes les fois du moins qu'il serait de son devoir de faire ensuite prononcer la nullité du mariage, s'il était célébré; mais peut-être a-t-on craint d'investir le procureur impérial *d'une sorte de pouvoir inquisitorial.* Au reste, le danger n'est pas sans remède, puisque le ministère public, sous l'autorité duquel sont placés les officiers de l'état civil, pourra toujours leur dénoncer les empêchements qui s'opposent au mariage et en arrêter ainsi la célébration (Paris, 26 avril 1833, Sponi c. Clément, D., 1833, II, 207; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Oppos.*, quest. 3, *sur l'article* 174 ; Toullier, t. I, nos 591, 592, et Duvergier, *h. loc.*, note *a;* Allemand, n° 285; Ortolan et Ledeau, *du Ministère public en France*, t. I, liv. II, tit. I, chap. IV, § 1).

La seconde opinion reconnaît au ministère public le droit de s'opposer au mariage, toutes les fois que l'empêchement qu'il invoque, dirimant ou même seulement prohibitif, est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public.

L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 est ainsi conçu :

« En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements. *Il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* »

Il n'est donc pas nécessaire, dit-on, qu'un texte formel et spécial confère l'action au ministère public ; le dernier alinéa de cet article n'aurait aucun sens et ne serait

qu'une inutile répétition du premier, s'il n'accordait, en termes généraux, au procureur impérial, le droit de poursuivre d'office le maintien des dispositions qui intéressent l'ordre public (*voy.* Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mariage*, sect. VI, § 3, p. 786).

Objectera-t-on que de la combinaison des articles 184 et 191, on peut tout au plus conclure que le ministère public a le droit de former opposition dans les cas où il aurait à demander la nullité du mariage une fois célébré ?

Cet argument est sérieux sans doute ; mais pourtant il n'aurait pas suffi, même pour ces cas : 1° parce que la loi a fait deux chapitres séparés pour les oppositions et pour les demandes en nullité, et que si les articles 172, 188 et 173, 182 se correspondent, on ne trouve aucune corrélation pareille en ce qui concerne le procureur impérial, et que les articles 184 et 191 du chapitre des demandes en nullité, n'ont pas, s'il est permis de dire ainsi, leur *pendant* dans le chapitre des oppositions ; 2° parce que s'il est vrai qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le réparer, autre chose est néanmoins l'opposition, autre chose la demande en nullité ; celle-ci, après tout, ne fera aucun tort réel aux parties, si elle est mal fondée ; il en est autrement de la première, qui retarde toujours et peut, quelquefois même, faire manquer le mariage ; l'argument *a fortiori* ne serait pas dès lors sans réplique. On doit donc préférer le moyen tiré de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, qui permet de reconnaître au procureur impérial le droit d'opposition, non-seulement dans les cas d'empêchements dirimants (art. 184-191), mais même aussi lorsqu'il s'agit d'un empêchement prohibitif fondé sur l'ordre public ; et c'est ainsi que M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 420, note *a*), enseigne qu'il pourrait s'opposer au mariage d'un militaire qui n'aurait pas obtenu la permission de ses chefs (Bordeaux, 20 juillet 1807, Charoncel, Sirey, 1809, II,

389; Limoges, 17 janvier 1846, le minist. publ., Dev., 1846, II, 97; Demante, t. I, nos 249 et 249 *bis*, I; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 192; *voy.* aussi Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 291).

Nous avions d'abord adopté cette doctrine; mais, après nouvel examen, nous pensons que la vérité n'est ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux opinions extrêmes; et nous nous rangeons à la troisième opinion, à l'opinion intermédiaire, d'après laquelle le ministère public a le droit de former opposition, dans tous les cas où il aurait le droit de demander la nullité du mariage, mais seulement dans ces cas.

Et d'abord, que le ministère public puisse s'opposer à la célébration d'un mariage dont la loi lui fait un devoir de demander la nullité, lorsqu'il est célébré, c'est ce que la raison elle-même, d'accord avec la morale et l'ordre public, exige impérieusement! Mieux vaut prévenir le mal que d'avoir à le réparer; et il serait même ici toujours irréparable! C'est sur cette vérité si morale et si politique qu'est fondée toute la théorie des oppositions; aussi, voyons-nous que ceux qui pourraient demander la nullité du mariage immédiatement après la célébration, peuvent, *a fortiori*, y formuler opposition (comp. art. 172, 188 et 173, 182); or, le ministère public a le droit, et suivant quelques auteurs, le devoir, dans certains cas, de demander la nullité du mariage immédiatement après la célébration; donc, il doit pouvoir, *a fortiori*, dans ces mêmes cas, s'y opposer! Voilà le motif essentiel qui nous éloigne de la première opinion (comp. Cass., 2 déc. 1851, le maire de Paimbœuf, Dev., 1852, I, 54; Cass., 21 mai 1856, Pottier, Dev., 1857, I, 111; Delvincourt, t. I, p. 58, note 5; Duranton, t. II, n° 201; Proudhon, t. I, p. 420; Rieff, *des Actes de l'état civil*, n° 160; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 31, 32).

Et, quant à la seconde opinion, nous croyons devoir aussi nous en séparer: d'abord, parce qu'elle ne nous

paraît finalement reposer sur aucun texte; et puis, parce que cette absence même de texte l'expose à beaucoup d'incertitudes et d'arbitraire. La règle principale et essentielle en ce qui concerne le droit du ministère public d'agir d'office, en matière civile, est posée en ces termes par l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 :

« En matière civile, le ministère public agit d'office *dans les cas spécifiés par la loi....* »

Voilà une disposition nette et précise. Peut-on croire, après cela, que le législateur, dans le même article, l'ait lui-même dénaturée ou plutôt anéantie complétement ! Tel serait pourtant le résultat de l'interprétation d'après laquelle le ministère public pourrait, même en matière civile, agir d'office *dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public,* si cette dernière partie de l'article s'appliquait aux mêmes hypothèses que la première partie.

« Une règle aussi importante, dit M. Duvergier, qui modifierait aussi radicalement l'institution du ministère public, ne peut être ainsi induite d'un texte qui, comme tant d'autres, n'est qu'une redondance. » (Sur Toullier, t. I, n° 591, note *a.*)

Ajoutons, d'ailleurs, qu'il est possible d'expliquer la disposition finale de l'article 46, en supposant qu'à la différence de la première partie, qui s'occupe des actions en justice, elle ne s'occupe, au contraire, que des mesures d'exécution à prendre, indépendamment de toute action en justice, où le ministère public devrait figurer comme partie principale (Aubry et Rau sur Zachariæ, *loc. supra*). Cette conclusion, enfin, nous paraît d'autant plus juste, que la doctrine contraire pourrait, dans ses applications, soulever beaucoup de difficultés. (*Voy.* aussi *infra*, n° 312 ; comp. Lafontaine, *du Droit d'action du ministère public, en matière civile, Revue crit. de Législ.;* 1862, t. XX, p. 385 et suiv.)

152. — Il est bien entendu, au reste, que tout parent, et même tout individu qui connaît un empêchement, peut

en informer officieusement soit le procureur impérial, qui verra s'il y a lieu de former opposition, soit l'officier de l'état civil, qui pourra refuser de célébrer le mariage. Cet avertissement ne constituant pas une *opposition*, l'officier public est libre de ne pas s'y arrêter ; mais pourtant s'il célébrait le mariage, malgré la connaissance personnelle, qui lui aurait été ainsi donnée d'un empêchement, il s'exposerait, suivant les cas, aux dommages-intérêts des parties, à la destitution, et même à des peines véritables (art. 156, 157, C. Nap., 194 et 340 C. pén. ; Toullier, t. I, n° 592 ; Duranton, t. II, n° 200 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 419, note *a* ; Zachariæ, t. III, p. 233).

Remarquons enfin que le ministère public lui-même a aussi le droit ou plutôt le devoir de dénoncer à l'officier de l'état civil les empêchements qui s'opposent à des mariages ; et avec d'autant plus d'autorité, que l'officier de l'état civil est placé sous sa surveillance, d'où résulte pour lui le moyen d'empêcher ceux même des mariages auxquels il ne pourrait pas former opposition. (Comp. *supra*, n° 152 ; art. 46 de la loi du 28 avril 1810 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 33.)

SECTION II.

SUIVANT QUELLES FORMES L'OPPOSITION DOIT-ELLE ÊTRE FAITE ? ET A QUEL MOMENT ?

153. — L'opposition se fait par acte extrajudiciaire ; elle est du ministère des huissiers, et doit en général réunir les formes communes à tous les exploits (art. 61 procéd. ; comp. Besançon, 19 fév. 1861, Lamblin, Dev., 1861, II, 382).

Mais la loi la soumet en outre à quelques conditions particulières.

Article 66 : Les actes d'opposition au mariage seront « signés sur l'original et sur la copie par les opposants

« ou par leurs fondés de procuration spéciale et authen-
« tique. »

Article 176 : « Tout acte d'opposition énoncera la qua-
« lité qui donne à l'opposant le droit de la former ; il
« contiendra élection de domicile dans le lieu où le ma-
« riage devra être célébré ; il devra également, à moins
« qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir
« les motifs de l'opposition ; le tout, à peine de nullité
« et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait
« signé l'acte d'opposition. »

Le but général de ces formalités est facile à comprendre : la loi veut tout à la fois prévenir les abus du droit d'opposition et en garantir pourtant l'exercice. Voilà pourquoi elle exige que l'acte d'opposition soit signé, sur l'original et sur la copie, par l'opposant lui-même ou par son fondé de pouvoir *spécial* et *authentique*, afin que l'opposant soit d'autant mieux connu, afin qu'il se mette lui-même en avant et engage ainsi sa responsabilité, afin surtout de prévenir les inconvénients d'un désaveu, et d'empêcher qu'à l'aide d'un nom supposé, on puisse troubler impunément les familles dans leurs projets de mariage (comp. Paris, 18 déc. 1868, Bertrand, Dev., 1872, I, 329).

154. — Ces motifs sont si sérieux, qu'ils me portent à penser que l'absence de signature serait une cause de nullité.

Mais, dit-on, les nullités de procédure, ne peuvent résulter que d'un texte de la loi ou du moins de ce que la disposition violée serait substantielle et constitutive de l'acte lui-même ; or, d'une part, l'article 66, très-différent de l'article 176, ne prononce pas la nullité ; d'autre part, l'exploit fait foi, en règle générale, jusqu'à désaveu, de la volonté du requérant qui y est dénommé ; et la signature exigée en outre, dans l'acte d'opposition, n'est dès lors qu'une formalité accidentelle et accessoire (comp. Tribun. civ. de Bourg-en-Bresse, 20 févr. 1870, Mullet, Dev.,

1870, II, 126; Coin-Delisle, *Act. de l'état civil*, article 66, n° 2; Vazeille, *du Mariage*, t. I, n° 171; Toulier, t. I, p. 295).

J'admets le principe; mais il me semble que la signature doit être ici considérée comme substantielle, parce que, sans cette condition, l'acte n'est pas ce que la loi veut qu'il soit, c'est-à-dire l'acte propre et personnel de l'opposant; parce que le désaveu, que la loi a voulu empêcher, pourrait alors s'élever et causer beaucoup de retard; parce que, enfin, la garantie puissante, qui en résulte contre les suppositions de noms, serait, sans cela, illusoire. L'article 176 ne prouve-t-il pas lui-même la volonté de la loi de tenir ici rigoureusement à l'exécution des formalités qu'elle exige? (Liége, 24 oct. 1812, époux B.... contre leur fille, D., *Rec. alph.* v° *Mariage*, sect. IV, art. 2, n° 5; Marcadé, t. II, art. 176, n° 2).

Si l'opposant ne savait pas signer, il faudrait qu'il chargeât un fondé de pouvoir, par acte authentique, de satisfaire pour lui à cette condition.

155. — C'est encore pour que le futur époux sache bien quel est celui qui s'oppose à son mariage, et pourquoi il s'y oppose; c'est pour prévenir les oppositions vexatoires qui n'oseraient pas avouer tout haut leurs motifs, et pour concentrer de plus en plus le droit d'opposition dans le cercle des personnes et des causes qu'elle a tracé; c'est pour tout cela, que la loi exige que l'acte d'opposition contienne la qualité de l'opposant (Bruxelles, 13 thermidor an IX, Verulst, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 65); et les motifs de l'opposition (art. 176). Les ascendants ne sont pas toutefois soumis à cette formalité (*supra*, n° 140).

Mais il ne me paraît pas résulter de l'article 176 que l'huissier soit constitué juge ni de la qualité de l'opposant, ni de la cause de l'opposition. Non-seulement il n'a pas le droit, lorsque l'opposant indique une qualité et une cause reconnue par la loi, d'en vérifier l'exactitude;

car il faudrait alors lui soumettre la généalogie de la famille et faire, devant lui, des justifications dont il n'appartient qu'au tribunal de connaître; mais je crois même qu'en règle générale, l'huissier ne peut refuser son ministère en aucun cas, alors même que la qualité de l'opposant et la cause de l'opposition lui paraîtraient en dehors du cercle tracé par la loi. Le ministère de l'huissier est forcé; et il ne faut pas que la partie, qui ne peut agir que par lui, trouve dans sa résistance, quelquefois aveugle ou craintive, un obstacle à l'exercice de son droit. En principe donc, il n'a ni qualité ni caractère à cet effet; et il y aurait beaucoup de danger à le constituer juge de ces questions très-souvent, comme nous venons de le voir, controversées et délicates (*voy.* encore *infra*, n° 163).

156. — L'article 176 veut enfin que l'acte d'opposition contienne élection de domicile dans le lieu *où le mariage devra être célébré.*

Mais la célébration pouvant avoir lieu indifféremment devant l'officier civil *de l'une des deux parties* (art. 165), il s'ensuit qu'elle peut se faire dans deux endroits, si chacun des futurs époux est domicilié dans des communes différentes; elle pourrait même avoir lieu indistinctement dans trois ou même dans quatre communes, au choix des parties, si l'une d'elles ou toutes les deux avaient, outre leur domicile ordinaire, une résidence de plus de six mois dans un autre lieu (art. 174). Les termes de notre article 176 nous laissent donc, sur ce point, dans quelque embarras. L'observation en fut faite dans le conseil d'État; mais on répondit qu'il ne pouvait y avoir de difficulté, puisque les publications énonçaient le lieu où le mariage devrait être célébré (Locré, *Légis.*, t. III, p. 246); réponse inexacte (art. 63) et qui, dès lors, ne résout rien, du moins en règle générale. On peut toutefois en induire que si, en fait, les publications annonçaient le lieu de la célébration, l'élection de domicile,

dans le silence de la loi serait valablement faite à ce lieu (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 34).

Dans le cas contraire, le principe me parait être que l'élection de domicile doit être faite soit dans la commune du domicile réel du futur époux contre lequel l'opposition est formée, soit dans la commune où il aurait une résidence de six mois. La loi, en effet, ne dit pas que l'élection devra être faite dans toutes les communes où le mariage pourra être célébré (Vazeille, t. I, n° 170). En la faisant ainsi, l'opposant sera sûr, il est vrai, de rencontrer juste! et c'est le conseil que lui donnent effectivement presque tous les auteurs. Mais enfin ce qui sera prudent n'est pas indispensable; et je maintiens la validité de l'élection de domicile faite ainsi que je viens de le dire. Car, après tout, l'opposant ne peut pas deviner où la célébration aura lieu; et il doit lui suffire d'élire domicile dans la commune où le futur époux contre lequel il la forme, a son domicile ou une résidence de six mois; car le mariage peut y être célébré!

Quel est d'ailleurs le but de cette formalité? c'est de permettre au futur époux d'assigner l'opposant en mainlevée devant le tribunal du domicile élu, et de ne pas le forcer à aller plaider, au loin peut être, devant les juges du domicile de l'opposant (Locré, *Législ.*, t. IV, p. 454; comp. Cass., 5 juill. 1859, N..., Dev., 1859, I, 451; et notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois en général*, etc., n°s 157 et 165).

Or, l'élection de domicile ne remplira jamais mieux ce but que lorsqu'elle sera faite dans la commune du domicile même de ce futur époux (Delvincourt, t. I, p. 59, note 3; Proudhon, t. I, p. 425; Duranton, t. II, n° 208).

157. — Ce dernier motif prouve assez que je considère cette élection de domicile comme attributive de juridiction.

Un arrêt contraire de la Cour de Paris (23 mars 1829, Feutré, Sirey, 1829, II, 231) me paraît donc en avoir

méconnu le but essentiel; et je suis loin d'admettre, avec M. Vazeille (t. I, n° 174), qu'il soit conforme *à la rigueur des principes*.

Aussi n'a-t-il pas fait jurisprudence (Paris, 19 octobre 1809, Juliard, Sirey, 1829, II, 231; Bruxelles, 6 déc. 1830, L.... C. L...., Dev., 1831, II, 58; Bordeaux, 7 janv. 1840, Ducarpe, Dev., 1840, II, 249; Paris, 27 mars 1841, Charpentier, Dev., 1841, II, 432; Douai, 15 nov. 1841, Lanthiez, Dev., 1842, II, 301; Orléans, 28 août 1845, Van Merrès, *J. du P.*, 1845, t. II, p. 355; Cass., 5 juillet 1859, cité *supra*; Rouen, 7 déc. 1859, Manchon, Dev., 1860, II, 589; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Oppos.*, quest. 1, *sur l'article* 177; Proudhon, t. I, p. 425; Duranton, t. II, n° 212; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 256).

158. — Voilà maintenant notre acte d'opposition dressé.

A qui faut-il qu'il soit signifié? Dans l'ancien droit, la signification ne devait être faite qu'au curé qui avait publié les bans (Pothier, n° 82).

Mais le Code Napoléon (art. 66) exige, ainsi que le voulait déjà la loi du 20 septembre 1792 (tit. IX, sect. III, art. 5), que l'opposition soit signifiée non-seulement à l'officier de l'état-civil, mais encore à la personne ou au domicile *des parties*, c'est-à-dire, bien entendu, des deux parties, des deux futurs époux, même de celui contre lequel l'opposition n'est pas personnellement dirigée.

Ce n'est pas que ce dernier ait le droit d'en demander, en son nom, la mainlevée; mais du moins a-t-il le plus grand intérêt à connaître les obstacles que rencontre son projet de mariage, afin de prendre lui-même le parti qui lui paraîtra le plus sage; il était donc juste de l'en informer.

159. — L'officier de l'état civil doit mettre son *visa* sur l'original (art. 66); et il ne pourrait pas, en général, le refuser en alléguant les informalités de l'acte. Ce *visa* n'est qu'une mesure d'ordre imposée à tout officier public qui reçoit, en cette qualité, une signification (art.

68, 69 procéd.), et qui a pour but d'éviter un conflit d'affirmations contraires entre deux officiers publics. L'huissier d'ailleurs, en cas de refus de l'officier de l'état civil, devrait requérir le *visa* du procureur impérial (art. 1039 procéd.; Coin-Delisle, art. 66, n° 5).

160. — Mais à quel officier de l'état civil l'opposition doit-elle être signifiée?

Nous éprouvons encore ici un embarras semblable à celui qui nous arrêtait tout à l'heure, lorsqu'il s'agissait de savoir dans quelle commune l'opposant doit faire élection de domicile (*supra*, n° 156).

Le plus sûr, sans doute, serait de signifier l'opposition à l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage; mais précisément il est possible que les officiers de différentes communes aient également compétence pour le célébrer, et que l'opposant ignore quel est celui que les parties choisiront. Faut-il, dès lors, signifier l'opposition aux officiers de toutes les communes dans lesquelles le mariage pourrait être célébré? ce parti sera cette fois encore le plus prudent, et c'est celui que tous les auteurs engagent encore aussi l'opposant à suivre. Mais pourtant il n'est pas, toujours du moins, nécessaire de procéder ainsi: et d'abord, si les publications indiquaient la commune où le mariage sera célébré, il me semble qu'il suffirait de signifier l'opposition à l'officier de cette commune. En outre, comme l'officier de l'état civil, qui célèbre le mariage, doit se faire remettre préalablement un certificat constatant qu'il n'existe point d'opposition (comp. art. 67, 69, 76, n°s 6 et 7), il s'ensuit que l'opposition peut être utilement signifiée à tout officier de l'état civil, dans la commune duquel les publications ont été faites (Duranton, t. II, n° 210; Zachariæ, t. III, p. 235). Mais ce moyen, comme on le voit, n'est praticable que dans le cas où les certificats, exigés par l'article 69, n'ont pas encore été délivrés par l'officier de la commune où les publications ont été faites (Hutteau d'Origny, *de l'État ci-*

vil, tit. VII, chap. III, § 3, n° 12; Coin-Delisle, art. 67, n° 4).

Suivant Proudhon (t. I, p. 424), c'est à l'officier de l'état civil du domicile de *l'opposant*, que la signification devrait être faite; mais je crois que Delvincourt (t. I, p. 209, note 7) a eu raison de dire que c'est sans doute par *inadvertance* que le savant auteur s'est ainsi exprimé.

161. — « L'officier de l'état civil fera, sans délai, une « mention sommaire des oppositions sur le registre des « publications; il fera aussi mention, en marge de l'in- « scription desdites oppositions, des jugements ou des « actes de mainlevée, dont expédition lui aura été remise. » (Art. 67.)

Cette mesure d'ordre a pour but de prévenir les oublis et les omissions, de faciliter la délivrance du certificat requis par l'article 69, et aussi d'assurer de plus en plus la sincérité de la date de l'opposition.

162. — L'opposition d'ailleurs peut être faite jusqu'au moment de la célébration; la loi n'ayant déterminé aucun terme après lequel elle ne serait plus recevable, on ne pourrait qu'arbitrairement la déclarer tardive (Montpellier, 12 août 1839, Talavigne, Dev., 1839, II, 540; Vazeille, t. I, n° 177; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 258; Massé et Vergé, t. I, p. 194).

SECTION III.

QUELS SONT LES EFFETS DE L'OPPOSITION?

163. — Le premier effet de l'opposition est d'arrêter la célébration du mariage.

« En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra « célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main « levée, sous peine de trois cents francs d'amende et de « tous dommages-intérêts. » (Art. 68.)

En cas d'opposition, dit notre article. Mais voici un acte

d'opposition irrégulier ou nul en la forme; ou bien il est formé par une personne sans qualité, ou pour une cause non reconnue par la loi.... L'officier de l'état civil devra-t-il même alors surseoir à la célébration, ou pourra-t-il au contraire passer outre?

Ce point ne faisait question ni sous la législation ancienne, ni sous la législation intermédiaire, qui toutes les deux le décidaient d'une manière diamétralement contraire, mais de part et d'autre du moins très-positive. Écoutez Pothier : « L'opposition, quelque mal fondée qu'elle paraisse, doit empêcher le curé de passer outre à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il ait été donné mainlevée ou par la partie opposante ou par le juge. » (N° 82; *voy.* aussi Denizart, v° *Mariage*, n° 38.) Écoutez à présent la loi du 20 septembre 1792, tit. IV, sect. III, art. 9 : « Toutes oppositions formées hors les « cas, les formes, et par toutes personnes autres que « celles ci-dessus désignées, seront regardées comme non « avenues; et l'officier public pourra passer outre à l'acte « de mariage. »

Beaucoup de doutes au contraire semblent aujourd'hui régner sur cette question.

Quelques auteurs enseignent que l'officier de l'état civil n'est tenu de s'arrêter que devant une opposition régulière, non pas qu'il soit juge, en fait, de son mérite définitif, mais en ce sens qu'il ne doit déférer qu'à une opposition formée par une personne et pour une cause qui, en droit, sont recevables : on ne s'expliquerait pas pourquoi le Code Napoléon aurait précisé avec tant de soin la qualité des opposants, et les causes des oppositions, pourquoi surtout il aurait exigé, dans l'acte, la mention de ces deux conditions, s'il n'avait pas en effet voulu arrêter dès le début, et rendre ainsi impossible toute opposition qui sortirait de ce cercle, l'opposition, par exemple, formée par le premier venu qui voudrait nuire aux parties, ou même par le plus proche parent

qui n'alléguerait que des motifs sans valeur! Tel est l'avis de M. Valette sur Proudhon (t. I, p. 419, note *a*), qui, dans son *Explication sommaire du livre I du Code Napoléon*, persiste dans cette doctrine (p. 103; ajout. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 302).

Merlin (*Rép.*, t. XVII, v° *Opposit.*, quest. 1, *sur l'article* 177), professe également que l'acte d'opposition, s'il était du moins nul en la forme, ne devrait pas arrêter l'officier de l'état civil.

J'aime mieux, pour mon compte, proposer, comme règle générale, la solution contraire, et dire *qu'en cas d'opposition*, l'officier de l'état civil doit s'arrêter, sans se constituer juge ni de la forme ni du fond : ces termes de l'article 68 sont en effet généraux, et me paraissent se référer à la doctrine de notre ancien droit, plutôt qu'à celle de la loi du 20 septembre 1792, qu'ils sont très-loin de reproduire. — On dit qu'il faut ajouter : en cas d'opposition *régulière*..., mais cette addition, c'est vous qui la faites; c'est vous qui constituez ainsi l'officier de l'état civil juge de questions parfois très-délicates, et dont la loi n'a pas dû lui abandonner la solution.

On objecte aussi l'article 176, qui oblige l'opposant à déclarer dans l'acte sa qualité et son motif; à quoi bon, si l'officier de l'état civil doit s'arrêter, quels que soient d'ailleurs la qualité et les motifs qu'il indique?

Il me semble que cette condition, exigée par l'article 176, peut très-bien s'expliquer, même dans le système que je propose. Vous formez opposition à mon mariage; mais qui êtes-vous et que me voulez-vous? c'est bien le moins que vous commenciez par m'en instruire! car c'est moi qui devrai ensuite demander la mainlevée : et il faut bien que je sache à qui m'en prendre et ce que j'ai à combattre. Voilà le motif très-raisonnable de l'article 176, qui, sous ce rapport, n'est vraiment que l'application de l'article 61 du Code de procédure, d'après lequel

l'exploit doit contenir l'indication de la personne du demandeur, l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens.

J'ajoute que cette nécessité pour l'opposant d'indiquer sa qualité et surtout ses motifs, est aussi, à d'autres égards, une garantie efficace contre les oppositions dictées par des motifs téméraires et frivoles ; car l'opposant n'osera pas toujours les avouer ! Savez-vous ce qu'il fera alors, s'il n'a pas de cause sérieuse et légale, et s'il veut pourtant, malgré tout, faire son acte d'opposition? eh bien! il indiquera une cause légale d'opposition, et il faudra dès lors, même dans votre système, que l'officier de l'état civil s'arrête, puisqu'il n'est pas juge de son mérite définitif.

Ce système, qui a des dangers véritables, n'a donc pas l'avantage certain de prévenir les oppositions inconsidérées, puisque rien ne serait plus facile, que de franchir l'impuissante barrière qu'il leur oppose. Je conclus donc qu'en principe, tout acte d'opposition doit arrêter l'officier de l'état civil, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de prononcer sur le mérite de cet acte, soit pour le fond, soit pour la forme. La brièveté des délais (art. 177, 178), la condamnation aux dommages-intérêts, qui menacent les opposants téméraires, ne sont-elles pas de suffisantes garanties? Voilà, dis-je, le principe, la règle générale. C'est ensuite à l'officier de l'état civil qu'il appartient de pratiquer cette règle avec intelligence ; je ne crois pas non plus, par exemple, qu'il dût s'arrêter devant un prétendu acte d'opposition tout à fait informe dénoncé par lettre missive ou verbalement, malgré pourtant un arrêt contraire (Montpellier, 12 août 1839, Talavigne, Dev., 1839, II, 540). J'en dirai même autant d'un acte régulier en la forme, mais qui *certainement* et *évidemment* ne serait pas une opposition sérieuse (Marcadé, t. II, art. 176, n° 6).- Me direz-vous que ces concessions vont compromettre ma règle ! — Eh ! mon Dieu, non, je

n'en ai pas peur ; car il n'est guère de règle qui ne devienne insoutenable, si on la pousse à ses conséquences les plus extrêmes. C'est à ses risques et périls que l'officier public appréciera le parti qu'il devra prendre suivant les circonstances (*supra*, n° 155; comp. Hutteau, d'Origny, chap. III, tit. VII, § 3, n° 2; Coin-Delisle, art. 68, n° 1 ; Duranton, t. II, n° 203; Richelot, t. I, p. 242, n° 6; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 194; Aubry et Rau, t. IV, p. 34, 35; Taulier, t. I, p. 296; Rieff, *des Actes de l'état civil*, n°s 167 et 179; Demante, t. I, n° 252 *bis*).

164. — L'opposition tient donc les parties en échec, tant que la mainlevée n'en a pas été obtenue.

Cette mainlevée peut être consentie volontairement ou prononcée en justice (art. 67; Pothier, n° 82; Proudhon, t. I, p. 426).

La mainlevée volontaire n'est autre chose que le désistement de l'opposant lui-même, comme si, par exemple, un père, après avoir d'abord formé opposition au mariage de son enfant, se décide ensuite à y consentir.

Si, au contraire, l'opposition avait révélé à l'officier de l'état civil un empêchement que la mainlevée volontaire ne fît point disparaître, il lui appartiendrait de refuser alors personnellement de procéder à la célébration (*supra*, n° 136).

Quant à la forme de la mainlevée volontaire, l'article 67, en exigeant qu'une *expédition de l'acte de mainlevée* soit remise à l'officier de l'état civil, annonce ainsi qu'elle doit être reçue devant notaire et en minute (Delvincourt, t. I, p. 59, note 12). Ce texte pourtant n'en fait pas une condition solennelle de sa validité ; et il ne paraît pas douteux que la mainlevée pourrait encore être signifiée par huissier dans la forme tracée par l'article 66, pour l'opposition elle-même (Hutteau d'Origny, tit. VIII, chap. III, § 3, n° 16), ou consignée, par l'opposant, sur l'original qu'il remettrait à l'officier de l'état-civil (Coin-Delisle, art. 68), ou même résulter suffisam-

ment de la présence de l'opposant qui consentirait, en personne, à la célébration du mariage (Marcadé, t. II, art. 67). Ces divers moyens, en prévenant toute surprise et toute erreur, rempliraient également le but de la loi.

165. — Si la mainlevée n'est pas volontairement consentie, le futur époux, contre lequel l'opposition a été dirigée, doit, lorsqu'il veut passer outre, prendre l'offensive et demander cette mainlevée en justice; l'opposant n'a rien à faire qu'à l'attendre; et les choses resteraient dans cet état, si le futur époux lui-même n'agissait pas; il serait censé reconnaître le mérite de l'opposition et renoncer à son projet de mariage.

Voilà aussi pourquoi la mainlevée ne peut être demandée que par lui seul; s'il se tait, l'autre futur époux ni personne autre ne pourrait agir (Delvincourt, t. I, p. 209, note 6; Duranton, t. II, n° 209; Vazeille, t. I, n° 171; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 253).

J'ai déjà dit (*supra*, n° 157) que l'opposant pouvait être assigné devant le juge du domicile par lui élu. Mais c'est là d'ailleurs une simple faculté pour le demandeur en mainlevée, qui peut assigner l'opposant devant le juge de son domicile ordinaire. Tel est le droit commun (article 111, C. Napol., et 59, alin. dernier, procéd.; *voy.* notre tome Ier, n° 376) auquel aucun argument de texte ni de raison ne peut faire déroger dans notre hypothèse. Il ne faut donc pas prendre trop à la lettre les *motifs* de quelques arrêts qui sembleraient contraires (Bordeaux, 7 janvier 1840, Descarpe, Dev., 1840, II, 249; Paris, 27 mars 1841, Charpentier, Dev., 1841, II, 432). — Mais réciproquement l'opposant, en ne faisant point l'élection de domicile requise par l'article 176, ne saurait priver la partie du droit de l'assigner devant le juge du domicile où le mariage doit être célébré. Elle pourrait donc l'y assigner même alors pour demander non pas précisément la mainlevée, mais plutôt la *nullité* de cette opposition irrégulière (art. 176; Merlin, *Rép.*, t. XVII,

v° *Opposit.*, n° 4, quest. 1, sur l'article 177; Zachariæ, t. III, p. 237).

166. — La demande en mainlevée, malgré un arrêt contraire de la Cour d'Amiens (30 ventôse an XII, Mignon, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 69), est dispensée du préliminaire de conciliation (art. 49-2° procéd..; arg. des articles 177, 178; Angers, 21 prairial an XI, Dufay, Sirey, 1806, II, 398; Douai, 22 avril 1819, Saint-Remi, Sirey, 1820, II, 116; Merlin, *Rép.*, t. XVII, *loc. sup. cit.*; Proudhon, t. I, p. 427; Vazeille, t. I, n° 173).

La loi ne renferme aucune disposition spéciale en ce qui concerne les délais d'ajournement et d'appel, sauf l'application de la seconde partie de l'article 72 du Code de procédure, qui permet d'assigner à bref délai en vertu d'ordonnance du président du tribunal (Nîmes, 30 déc. 1806, Lenfant, Sirey, 1807, II, 1050).

Ajoutons que le droit d'en demander mainlevée peut être exercé, aussitôt que l'opposition a été formée et sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration du délai d'un mois, à partir de l'acte respectueux, dans le cas où l'opposition a été formée par un ascendant. (Comp. Grenoble, 27 mai 1845, Descombes, Dev., 1846, II, 399, dont la doctrine nous paraît préférable à celle d'un arrêt contraire de la Cour d'Amiens, du 18 janv. 1840, Quaniaux, Dev., 1841, II, 549; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 36; Massé et Vergé, t. I, p. 196; Paris, 18 janv. 1873, Prince de la Moskowa, Dev., 1873, II, 144.)

167. — C'est aussi parce que ces demandes requièrent célérité, que la loi les excepte de la règle qui veut en général que les affaires soient jugées à *tour de rôle* (art. 506 procéd.). Il y a tel tribunal dans lequel l'*arriéré* aurait pu soumettre à de fort longs retards la décision à rendre sur ces demandes toujours urgentes.

Article 177. « Le tribunal de première instance prononcera, dans les dix jours, sur la demande en mainlevée. »

Article 178. « S'il y a appel, il y sera statué dans les « dix jours de la citation. » (Comp. Paris, 28 juin 1872, de Campaigno, Dev., 1872, II, 112.)

Toutefois, en ordonnant que le tribunal et la Cour *prononcent* et *statuent* dans les dix jours de l'acte qui les saisit, ces articles n'ont pas certes voulu dire que la cause devrait toujours être définitivement jugée dans ce délai. Il peut en effet s'élever des questions qui exigent une instruction bien plus longue, comme si par exemple l'opposition étant fondée sur l'existence d'un premier mariage de l'un des futurs époux, celui-ci soutient que ce mariage doit être déclaré nul (art 189), ou encore lorsque l'opposant allègue la démence du futur époux (art. 174), etc. Ce qu'il faut, c'est que les juges s'occupent de l'affaire avant l'expiration des dix jours, et statuent, préparatoirement du moins, si la cause n'est pas encore susceptible d'une décision définitive.

Il ne paraît pas au reste que l'expiration de ce délai, sans que la décision ait été rendue, doive nécessairement entraîner la péremption de l'instance. Le texte n'y attache point cet effet (Cass., 4 nov. 1807, D., 1807, I, 524; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Opposit.*, quest. 2, *sur l'article* 178; Vazeille, t. I, n° 175); et, en tout cas, on comprend que cette péremption ou forclusion ne saurait être prononcée contre le demandeur en mainlevée, dans l'intérêt duquel ces délais de faveur ont été seulement introduits (Toullier, t. I, n° 589; Duranton, t. II, n° 214).

168. — Il me semble d'ailleurs que le jugement, rendu par défaut, serait susceptible d'opposition, comme il est susceptible d'appel. C'est là aussi une voie ordinaire de recours, que la loi ne me paraît point avoir fermée aux parties dans cette circonstance (Amiens, 10 mai 1821, Coppin, D., *Rec. alph.*, t. X p. 35; *voy.* toutefois aussi p. 70, n° 19; Besançon, 20 janv. 1874, de Beulmont, Dev., 1874, II, 112.)

169. — Quant au pourvoi en cassation, les parties

peuvent également y recourir. — La seule question est de savoir s'il doit être, en ce cas, suspensif comme l'appel.

L'article 18 de la loi du 20 novembre 1790 est ainsi conçu :

« En matière civile, la demande en cassation n'ar-
« rêtera pas l'exécution du jugement; et dans aucun cas
« et sous aucun prétexte, il ne pourra être accordé de
« surséance. »

On a toutefois prétendu, malgré ce texte, que le pourvoi devait être suspensif, lorsque la décision attaquée aurait donné mainlevée de l'opposition : on ne doit pas, dit-on, offrir aux parties une voie de recours illusoire; or, le pourvoi en cassation ne serait qu'une dérision, si le mariage pouvait néanmoins être célébré; donc, il doit en empêcher la célébration. Autrement, il vaudrait mieux déclarer net que cette voie n'est pas ouverte aux parties; mais cela ne serait pas soutenable; et dès lors, puisqu'on est forcé de leur accorder le droit de se pourvoir, il faut le leur accorder sérieux et efficace. Voilà pourquoi aussi le pourvoi en cassation était suspensif en matière de divorce; l'article 263 ne prouve-t-il pas que telle est en effet la volonté de la loi, même en matière civile, lorsque l'exécution de la décision attaquée serait, en définitive, irréparable? (Delvincourt, t. I, p. 206, note 10; Duranton, t. II, n° 215.)

Je ne crois pourtant pas qu'il en soit ainsi : 1° le texte précité est formel; et cette seule raison suffirait; 2° on peut dire que la loi prend à cœur de favoriser les mariages et de les dégager des entraves qui pourraient en empêcher ou en retarder la célébration. Son vœu était tout autre, en matière de divorce, lorsqu'il s'agissait au contraire de dissoudre le mariage; et l'argument tiré de l'article 263 n'est pas dès lors concluant. On a dû d'ailleurs se défier aussi de l'entêtement et du dépit, qui animent d'ordinaire les opposants. Il n'y a guère d'opposition

qui s'arrête en première instance! Vous leur donneriez trois ou quatre degrés de juridiction, qu'elles les épuiseraient toujours jusqu'au dernier! (Riom, 27 juin 1806, Dalbiat; Paris, 19 sept. 1815, Versguy, D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, t. X, p. 70; Lyon, 13 fév. 1828, Outrequin, D., 1828, II, 234; Rouen, 7 nov. 1859, Manchon, *Rec. des arrêts de Caen et de Rouen*, 1860, 2e partie, p. 112, et Dev., 1860, II, 589; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Opposit.*, quest. 3, *sur l'article* 178; Vazeille, t. I, n° 177; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 37; Massé et Vergé, t. I, p. 197.)

170. — Si logique que me paraisse la solution qui précède, j'hésiterais beaucoup à l'adopter, dans le cas où elle devrait produire les conséquences que Marcadé en a déduites.

Un arrêt a donné mainlevée d'une opposition; et l'officier de l'état civil procède à la célébration du mariage.

Pourvoi; et l'arrêt est cassé.

Quel va être, sur l'existence du mariage et sur l'état des époux, l'effet de cet arrêt de cassation?

La cassation, dit Marcadé (t. II, art. 178, n° 2), met l'arrêt au néant et opère la nullité de tout ce qui a pu être fait en exécution de l'arrêt cassé; donc, la mainlevée de l'opposition et la célébration du mariage qui s'en est suivie, sont nulles et réputées non avenues. La nullité du mariage ne procède pas alors de ce qu'il aurait eu lieu au mépris d'une opposition (cela ne suffirait pas); elle procède de la cassation elle-même, par suite de laquelle le fait de la célébration est réduit à néant. On ne pourrait pas tout à la fois réputer la mainlevée non avenue et maintenir la célébration, sans scinder d'une manière illogique les effets de la cassation. Aussi personne ne soutiendra que l'officier de l'état civil devrait, dans ce cas, encourir la peine de 300 francs d'amende, prononcée par l'article 68, contre celui qui procède à la célébration d'un mariage avant la mainlevée des oppositions; et

pourtant il le faudrait, si on maintenait le mariage tout en déclarant la mainlevée non avenue, puisqu'alors le mariage aurait été célébré sans que l'opposition eût été levée. Et de ces principes l'auteur conclut qu'après l'arrêt de cassation, les époux seront réputés avoir toujours été étrangers l'un à l'autre ; que si la Cour impériale, saisie de la cause par le renvoi, maintient l'opposition, le mariage sera impossible ; que si, au contraire, elle en donne aussi mainlevée, comme l'avait fait la première Cour impériale, il n'y aura mariage entre les époux « qu'au moyen d'une nouvelle célébration. »

Telle est aussi la doctrine de nos savants collègues, MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 37).

Mais, en vérité, de telles conséquences ne seraient-elles pas déplorables ? Qu'arriverait-il, en effet, si une nouvelle célébration devenait impossible, soit par le décès de l'un des époux, soit par son refus, par le refus du mari qui pourrait abandonner sa femme ainsi déshonorée ? En vain on dit que le mariage annulé produirait les effets civils à cause de la bonne foi des époux, qui s'étaient mariés sur la foi d'un arrêt de Cour impériale (art. 201, 202) ; ce serait là un triste et insuffisant secours : d'abord, parce qu'il ne rendrait pas aux époux leur avenir compromis et perdu ; et ensuite, parce que cette théorie une fois admise, on pourrait bien leur contester leur bonne foi, surtout s'ils étaient mariés depuis la signification du pourvoi en cassation. Il faudrait donc un texte bien formel ou des principes irrésistibles pour admettre de telles conséquences ; or, il me semble que les textes et les principes sont bien loin de nous les imposer : on peut consulter les différents articles qui règlent les effets de la cassation (décret du 27 nov. 1790, sur l'organisation du tribunal de cassation, art. 19-21 ; loi du 2 brumaire an IV ; loi du 27 ventôse an VIII, tit. VI) ; je crois qu'on n'y trouvera point la justification de ces solutions inexorables. — La cassation met au néant l'ar-

rêt cassé et ce qui a pu être fait en exécution de cet arrêt. — A la bonne heure; mais pourtant cet arrêt ne fait pas droit aux parties! Tout n'est pas dit encore! et il est possible que la Cour impériale, saisie par le renvoi, rende une décision qui déclare les droits des parties tels que la première Cour les avait aussi reconnus. Or, n'y a-t-il pas là un doute, une attente, et presque une sorte de condition suspensive, dont il est logique et équitable de tenir compte? Pourquoi donc se presser si fort de briser une situation qui peut-être va être consacrée par un arrêt de Cour impériale, et qu'il n'est pas même impossible (il y en a beaucoup d'exemples!) que la Cour de cassation, saisie par un second pourvoi, se décide elle-même à maintenir. Aussi la jurisprudence me paraît-elle y mettre en effet plus de ménagements, et ne pas déclarer toujours et nécessairement nuls et non avenus les droits qui auraient été conférés en vertu d'un arrêt cassé, s'il arrive que la Cour impériale, saisie par le renvoi, les maintienne (Cass., 26 juill. 1826, Épinay Saint-Luc, D., 1826, I, 429; Cass., 14 nov. 1832, de Broyes C. Rigou, Dev., 1833, I, 297; Cass., 8 août 1843, Perret C. Soultère, Dev., 1843, I, 773).

Mais c'est surtout dans son application à notre sujet que le système contraire me semble répréhensible. Comment! le mariage célébré au mépris d'une opposition qui aurait été maintenue par un arrêt de Cour impériale, et par la Cour de cassation elle-même, ce mariage serait valable, si d'ailleurs (comme nous le supposons) il n'était pas entaché d'une autre cause de nullité; et on voudrait que ce même mariage fût déclaré nul, pour avoir été célébré après la mainlevée de cette opposition prononcée par décision judiciaire! — Mais enfin, dit-on, l'officier de l'état civil encourra-t-il l'amende prononcée par l'article 68? — Non, sans doute, puisqu'au moment de la célébration il avait la preuve de la mainlevée de l'opposition; car le pourvoi en cassation n'est pas sus-

pensif. — Terminons en remarquant que si cette doctrine était vraie pour l'effet de la cassation, elle le serait aussi pour l'effet de l'appel; si donc un jugement avait donné mainlevée de l'opposition, et que le mariage eût été célébré avant l'appel porté, mais aussi avant l'expiration du délai d'appel, il s'ensuivrait qu'on devrait réputer nul et non avenu le mariage, dans le cas où la cour, réformant le jugement, maintiendrait l'opposition; or, c'est là encore un motif de plus pour ne pas accréditer une doctrine dont l'application pourrait être à la fois si dangereuse et si fréquente! (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Opposit. à mariage;* Rieff., *des Actes de l'état civil*, n° 175; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 197.)

171. — Au reste, l'instance, étant une fois engagée sur la demande en mainlevée de l'opposition, ne peut régulièrement se dénouer que par un jugement. Votre cousin germain a formé opposition à votre mariage (article 174); il décède, laissant pour héritier un parent éloigné, qui n'aurait pas lui-même qualité pour se rendre opposant. Vous suffira-t-il de représenter son acte de décès à l'officier de l'état civil, pour le contraindre de procéder à la célébration du mariage? L'instance, avec les droits et les prétentions tels quels qui en résultent, se trouvent dans la succession; ce n'est donc que contradictoirement avec l'héritier, qui est saisi de tous les droits et actions qu'elle renferme (art. 724), que cette instance peut être vidée. Ce n'est pas que cet héritier puisse invoquer ici la règle d'après laquelle certaines actions, même personnelles, deviennent transmissibles, lorsqu'elles ont été formées en justice (Inst., lib. IV, tit. XII, § 1; art. 957). Je crois que le droit d'opposition n'appartient qu'à ceux et ne peut être, en aucun cas, exercé que par ceux auxquels la loi le confère (*supra*, n° 150); et le décès de l'opposant me paraît, sous ce rapport, devoir l'anéantir. Mais encore faut-il procéder suivant les formes et clore régulièrement l'instance ouverte

(Caen, 31 août 1830, Ménard, *Rec. de Rouen et de Caen*, t. XIII, p. 74).

172. — La décision judiciaire peut soit maintenir l'opposition, soit la déclarer nulle, irrecevable ou mal fondée.

Dans le premier cas, la célébration du mariage est empêchée; mais nous avons déjà dit (*supra*, n° 170) que si elle avait eu lieu, malgré l'opposition, le mariage lui-même ne pourrait être déclaré nul qu'autant qu'il serait d'ailleurs entaché de nullité, sauf la peine encourue par l'officier de l'état civil et les dommages-intérêts auxquels il s'exposerait envers les parties (art. 68; Zachariæ, t. III, p. 236).

Dans le second cas, l'opposant est débouté de sa demande; et l'obstacle, que cette opposition apportait à la célébration, se trouve ainsi levé.

173. — Presque tous les auteurs enseignent que si l'opposition est rejetée pour vice de forme, et que néanmoins elle ait révélé au tribunal ou à la cour un empêchement légal, et surtout un empêchement d'ordre public, les magistrats doivent néanmoins défendre à l'officier de l'état civil de passer outre à la célébration du mariage (Proudhon, t. I, p. 426; Duranton, t. II, n° 206; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. IV, art. 2, n° 18; Zachariæ, t. III, p. 238).

Prenons garde! les juges ne peuvent pas statuer d'office; ils n'ont que le droit de prononcer sur les contestations qui leur sont soumises et dont ils sont régulièrement saisis (art. 4 C. Nap.; art. 480 C. de procéd., etc.); or, l'opposition étant déclarée nulle en la forme, les juges n'en ont pas été valablement saisis; le fond ne leur a pas été en réalité soumis; donc, ils sont sans pouvoir pour y statuer.

J'en dirais autant d'une opposition valable en la forme, et qui serait rejetée par suite du défaut de qualité de l'opposant. — Mais faut-il donc que les juges ordonnent

de procéder à la célébration de ce mariage, qu'ils savent eux-mêmes être contraire aux lois? — Je n'hésite pas à répondre : oui, en tant qu'il s'agit de lever l'obstacle qui résultait de l'opposition par eux rejetée. Qu'ils ordonnent ou qu'ils n'ordonnent pas en termes exprès, de passer outre à la célébration du mariage, cela revient au même! Cette injonction résulte virtuellement de leur décision; mais entendons-nous bien! elle en résulte d'une manière limitée et toute relative; l'obstacle n'est levé qu'en tant qu'on voudrait le faire résulter d'une opposition déclarée nulle en la forme ou intentée par un individu sans qualité. Les juges pourront sans doute officieusement, et le ministère public officiellement, avertir l'officier de l'état civil de l'empêchement révélé par l'opposition; mais ceci n'est plus le résultat normal de l'opposition elle-même, qui, je le répète, est maintenant comme si elle n'avait jamais existé.

174. — « Si l'opposition est rejetée, les opposants, « autres néanmoins que les ascendants, pourront être « condamnés à des dommages-intérêts. » (Art. 179.)

Nouvelle garantie qui peut prévenir les oppositions téméraires, et qui n'est d'ailleurs que l'application du principe général consacré par l'article 1382. C'est aux tribunaux qu'il appartient, comme dans tous les cas semblables, d'apprécier la cause de l'opposition, les motifs qui ont inspiré l'opposant, le tort plus ou moins sérieux qu'il a pu causer, et toutes les circonstances de la situation.

174 *bis*. — Mais à qui appartient, en cas pareil, le droit de réclamer des dommages-intérêts contre l'opposant?

Est-ce seulement au futur époux, du chef duquel l'opposition a été formée?

Est-ce aussi aux tiers, et notamment au futur époux, qui est étranger à l'opposant?

Paul a entretenu avec Sophie des relations illicites,

d'où sont issus des enfants; et lorsqu'il veut légitimer ses enfants, en épousant Sophie, Jules, son père, forme opposition à ce mariage.

Paul demande la mainlevée de cette opposition. Mais il meurt, pendant l'instance!

En ces circonstances, Sophie forme contre Jules, le collatéral opposant, une demande en dommages-intérêts : 1° en son nom, comme future épouse de Paul, et pour réparation du préjudice que Jules lui a causé, en rendant impossible son mariage, par l'opposition, qu'il a formée; 2° au nom de ses enfants mineurs, pour réparation du préjudice, qu'il leur a causé, en rendant impossible leur légitimation.

Est-elle fondée?

La cour de Bourges, devant laquelle cette espèce s'est présentée, a répondu négativement. (7 août 1872, Léchelon, Dev., 1872, II, 257.)

L'arrêt est fortement motivé; et nous croyons que la doctrine, qu'il consacre, est conforme au texte de la loi et aux principes de cette matière, malgré la critique, dont il a été l'objet de la part de notre savant collègue, M. Lyon-Caen. (Dev. *loc. supra cit.* p. 257-258.)

D'une part, en effet, il nous semble évident que, d'après le texte même de l'article 179, le droit de demander des dommages-intérêts est accordé à celui-là seulement des futurs époux, auquel est accordé le droit de demander la mainlevée de l'opposition;

Or, le droit de demander la mainlevée de l'opposition n'est accordé qu'à celui des futurs époux, du chef duquel l'opposition a été formée. (Comp. *supra* n° 165.)

D'autre part, il résulte, suivant nous, des principes particuliers de cette matière, que l'opposition formée par un parent au mariage de son parent, crée, entre eux, comme dit fort justement notre arrêt, *un débat de fa-*

mille, auquel l'autre futur époux ne saurait venir se mêler par aucune intervention.

Reste, il est vrai, l'article 1382, avec le principe général, qu'il consacre que : tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Mais de ce que nous venons de dire il faut conclure que l'autre futur époux ne pourrait invoquer cet article, qu'autant qu'il aurait été lui-même pris, en quelque sorte, personnellement à partie, par l'opposant; de manière à ce que son action ne contituât par une demande en mainlevée d'opposition, mais une demande directe et personnelle en dommages-intérêts, pour réparation des attaques, directes et personnelles, en effet, qui auraient été dirigées contre lui.

175. — Les ascendants toutefois ne peuvent pas être condamnés à des dommages-intérêts; la loi présume qu'ils sont toujours déterminés par de bons motifs et qu'ils n'ont en vue que le plus grand intérêt de leurs enfants, alors même qu'ils cherchent, par des moyens tels quels, à retarder ou à faire manquer leur mariage.

Mais les ascendants, qui succombent, doivent-ils être condamnés aux dépens? Non, a-t-on répondu : d'une part, les dépens sont la peine des mauvaises contestations; or, les ascendants sont ici réputés excusables, alors même qu'ils n'ont pas réussi (art. 179); d'autre part, il est bon que les enfants apprennent à respecter leurs ascendants jusque dans leurs erreurs mêmes (Amiens, 15 février 1806, Catel, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 63, n° 4; Caen, 10 déc. 1819, Jouenne, *Rec. de Rouen et de Caen*, t. VIII, p. 45). En conséquence, les ascendants ne peuvent pas être condamnés *à tous les dépens; les dépens doivent être compensés* (D., *Rec. alph.*, t. X, p. 71, n° 24; Marcadé, art. 179).

Cette solution est-elle bien exacte?

1° « *Toute partie*, qui succombera, sera condamnée « aux dépens (art. 130 procéd.), » ce texte est absolu et doit s'appliquer aux ascendants, si aucun autre texte n'y déroge en leur faveur; or, l'article 179 du Code Napoléon les exempte seulement des dommages-intérêts, qu'il ne faut pas confondre avec les dépens; donc, ils demeurent, quant aux dépens, sous l'empire de l'article 130 du Code de procédure; 2° les dépens, dit-on, *devront* être compensés! J'entends très-bien qu'ils *pourront* l'être par application de l'article 131 du Code de procédure, et qu'ils le seront sans doute fort souvent en pareil cas. Mais exiger que les dépens soient toujours et nécessairement compensés, c'est, selon moi, violer tout à la fois et l'article 179 du Code Napoléon et les articles 130 et 131 du Code de procédure; car si l'article 179 est applicable, il s'oppose absolument à toute condamnation de dépens même partielle! car si vous invoquez l'article 131, vous ne pouvez pas vous soustraire à l'application de l'article 130, dont il n'est que la suite et auquel il n'apporte qu'une modification purement facultative de la part des magistrats. N'est-ce point assez, après tout, que l'exemption assurée de tous dommages-intérêts (art. 179) et la compensation possible des dépens? Il ne faut rien exagérer; et il serait souvent peut-être fort regrettable que l'enfant dût payer, même en partie, les dépens d'une opposition injuste et passionnée.

176. — Vous avez été débouté de votre opposition. Pouvez-vous revenir à la charge et former une opposition nouvelle?

Supposons d'abord que votre opposition a été rejetée pour vice de formes. — On a prétendu que, même dans ce cas, elle ne pouvait pas être réitérée (Bruxelles, 23 déc. 1812, Gertrude B..., Sirey, 1813, II, 379; Merlin, *Répert.*, t. XVII, v° *Opposit.*, quest. 2, *sur l'article* 176; Zachariæ, t. III, p. 238). On invoque les articles 177, 178, qui exigent que ces sortes de causes soient jugées dans

un bref délai, et le danger d'une série d'oppositions dont on ne verrait pas la fin !

Mais pourtant, la règle générale est qu'un exploit ou une signification quelconque, nul pour vice de formes, peut être renouvelé, sans que cette nullité extrinsèque affecte le fond du droit, si d'ailleurs il n'a pas autrement péri; or, aucun texte ne me paraît, dans ce sujet, y déroger; car les articles 177, 178, en déterminant le délai dans lequel le tribunal et la cour devront statuer, ne s'expliquent d'ailleurs, ni de près ni de loin, sur notre question même. Quant à l'autre danger qu'on signale, je vais bientôt y revenir (Delvincourt, t. I, p. 209, n° 5; Duranton, t. II, n° 206; Vazeille, t. I, n° 177). Ce sentiment est aussi celui de nos honorables collègues, MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord enseigné la doctrine contraire (sur Zachariæ, t. IV, p. 37).

Maintenant je suppose que votre opposition, régulière en la forme, a été rejetée au fond par quelque motif que ce soit. — C'est fini, vous dit-on encore, il ne vous est point permis de recommencer (Zachariæ, t. III, p. 238). — Cette solution ne me paraît pas plus fondée : je ne connais aucun texte qui décide que la même personne ne pourra, en tout et pour tout, former qu'une seule fois opposition à un mariage; il me semble donc que ce n'est qu'arbitrairement qu'on pourrait créer cette espèce de forclusion. De deux choses l'une : ou vous représentez la même cause d'opposition qui a déjà été rejetée; et alors votre seconde opposition sera repoussée par l'autorité de la chose jugée (art. 1351); ou vous invoquez maintenant une autre *cause*, une *cause* nouvelle et différente d'opposition (art. 176); et alors l'une des conditions requises par l'article 1351 venant à manquer, votre nouvelle opposition est recevable et doit être, à son tour, appréciée.

Mais cela va être à n'en point finir! et voilà toutes les précautions de la loi impuissantes contre ce moyen irré-

sistible de vexations et de retards que vous donnez à l'opposant.

L'objection est, j'en conviens, très-grave; et j'avoue aussi que nul remède ne serait plus énergique que celui qu'y apporte l'opinion que je combats, en déclarant impossible toute nouvelle opposition! Mais en droit, je ne me crois pas autorisé à priver la partie d'une action qu'aucun texte ne lui refuse, et dont le refus d'ailleurs ne serait pas même toujours, en fait, exempt d'inconvénients. N'est-il pas possible, en effet, que depuis la décision rendue sur la première opposition, une nouvelle cause ait surgi ou même qu'une cause déjà existante, mais alors ignorée, ait été depuis découverte? Reste donc finalement le principe, qu'une première opposition n'est pas, en droit, un obstacle à une seconde. — Vous insistez : ni une seconde à une troisième? — Je réponds : ni une seconde à une troisième.... Nous touchons ici, sans doute, à un de ces abus possibles, comme il y en a partout! Est-ce que la règle générale n'est pas que l'appel, même interjeté hors les délais, doit suspendre l'exécution (Cass., 7 janv. 1818, Marcey, D., *Rec. alph.*, t. XI, p. 854; Limoges, 20 juill. 1832, Castro, D., 1832, II, 183); et pourtant des appels évidemment tardifs et dérisoires pourraient entraver aussi l'exercice des droits les plus légitimes. Faudra-t-il, pour cela, sacrifier la règle elle-même? non sans doute! mais il arrivera qu'on passera outre, si l'abus est flagrant et si évidemment l'appel n'est pas sérieux (Toulouse, 3 fév. 1832, Tournan, D., 1832, II, 65). De même encore, il est incontestable que les exceptions préjudicielles doivent être jugées avant le fond; et pourtant ne pourraient elles pas devenir aussi, en se multipliant, un moyen d'ajourner indéfiniment la décision de la cause? Dans ce cas encore, si l'exception préjudicielle n'a pas même une apparence de raison, et s'il devient certain que la partie s'en fait un jeu, les magistrats n'en tiendront pas compte (arg. de l'article 182 du

Code forest.). Eh bien, de même, si les magistrats aperçoivent l'abus du droit d'opposition, non-seulement ils pourront le réprimer en accordant des dommages-intérêts à la partie lésée, qui serait alors en droit de conclure à une somme assez considérable pour que l'opposant ne fût pas tenté d'y revenir! Ils pourraient encore, si l'insolvabilité de l'opposant ou sa qualité d'ascendant (art. 179) rendait ce moyen inefficace, ou même dans tous les cas, concurremment avec ce moyen, ils pourraient, dis-je, ordonner l'exécution provisoire de leur décision, nonobstant toute opposition nouvelle, qui serait alors considérée bien plutôt comme une opposition à l'exécution du jugement ou de l'arrêt que comme une opposition au mariage (art. 135 procéd.; Caen, 10 mai 1843, de Château-Thierry, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 275; comp. Demante, t. I, n° 254 *bis*, II; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 197); Besançon, 20 janv. 1874, de Beulmont, D., 1874, II, 112).

CHAPITRE III.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

177. — Division de notre chapitre troisième.

SECTION I.

DES MARIAGES CÉLÉBRÉS EN FRANCE ENTRE FRANÇAIS.

178. — Nécessité de la célébration publique du mariage. — Parmi les formalités requises, les unes précèdent, les autres accompagnent la célébration.
179. — A. Les premières sont : les publications; — l'affiche; — la remise des pièces à l'officier de l'état civil.
180. — Des publications. — Motifs généraux.
181. — Par qui les publications doivent-elles être faites? — Et sous quelles conditions les parties peuvent-elles contraindre l'officier de l'état civil de déférer, sur ce point, à leur requête?
182. — Comment les publications doivent-elles être faites? — Quels jours? — En quel nombre? — En quels lieux? — A quelle heure?
183. — *Quid*, si une opposition est signifiée à l'officier de l'état civil après la première publication?
184. — On peut être dispensé de la première publication. — Par qui? — Et pour quelles causes?
185. — Quelles énonciations doit contenir l'acte de publication?
186. — Du délai avant lequel le mariage ne peut pas être célébré depuis les publications ou la publication.
187. — Du délai après lequel le mariage ne peut plus être célébré après les publications.
188. — Suite. — *Quid*, si les publications ont été faites dans plusieurs communes à des dates différentes?
189. — Dans quelles communes les publications doivent-elles être faites?
190. — Suite.
191. — De l'affiche de l'acte des publications.
192. — Quelles pièces doivent être remises à l'officier de l'état civil?
193. — *Quid*, si les pièces produites renfermaient des erreurs ou des irrégularités? — Avis du conseil d'État du 30 mai 1808.
194. — Suite.
195. — B. Des formalités qui constituent la célébration même du mariage.
196. — 1° Dans quelle commune et par quel officier public le mariage doit-il être célébré? — Quatre opinions différentes sont enseignées sur ce point.

197. — *Première opinion :* Le mariage ne peut être célébré que dans la commune où l'une des parties a une résidence de six mois. — Cette résidence est nécessaire et suffisante; elle constitue exclusivement le domicile matrimonial.

198. — *Deuxième opinion :* Le mariage peut être célébré soit dans le lieu où l'un des futurs époux a une résidence de six mois, soit dans le lieu de son domicile ordinaire, mais à la condition que ce domicile ait été établi par une habitation antérieure de six mois.

199. — *Troisième opinion :* Le mariage ne peut plus être célébré au lieu du domicile de l'un des futurs époux, si ce domicile, même originairement établi par six mois de résidence, a été abandonné depuis longtemps.

200. — *Quatrième opinion :* Le mariage peut être célébré soit au lieu où l'un des futurs époux a une résidence de six mois, soit au lieu de son domicile ordinaire, sans qu'il y ait rien de spécial, en ce cas, ni pour l'établissement ni pour la conservation de ce domicile.

201. — Suite. — Une personne, qui a quitté le lieu où elle avait une résidence de plus de six mois, peut-elle y revenir pour s'y marier, si du moins il ne s'est pas écoulé six mois depuis son départ?

202. — Suite. — Dans quelle commune peuvent se marier les marchands forains, colporteurs et autres, qui n'ont pas eu une résidence continue de six mois dans le même lieu? — *Quid*, des militaires?

203. — Suite. — Lorsqu'une partie se marie dans la commune de son domicile réel où elle n'a pas six mois de résidence, doit-elle faire, en outre, les publications au lieu de sa dernière résidence?

204. — Du domicile matrimonial en ce qui concerne les mineurs non émancipés.

205. — Le mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil. — *Quid*, s'il était célébré par un individu sans caractère public à cet effet?

206. — 2° Régulièrement, le mariage doit être célébré dans la maison commune. — Pourrait-il être célébré dans un autre endroit, par exemple, dans une maison particulière? — L'officier de l'état civil serait-il forcé de s'y transporter sur la réquisition des parties?

207. — L'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties pourrait-il se transporter dans une autre commune pour y célébrer le mariage hors de son territoire?

208. — Quel jour et à quelle heure peut être faite la célébration? — Est-ce aux parties ou à l'officier de l'état civil que le choix en appartient?

209. — Comment se fait la célébration du mariage? — Et d'abord quels sont ceux qui y concourent?

210. — Peut-on se marier par procureur? — Ou faut-il au contraire que les futurs époux comparaissent en personne?

211. — En quoi consistent les formalités constitutives de la célébration même du mariage?

212. — Rédaction de l'acte de mariage. — Quelles énonciations doit-il contenir?

212 *bis*. — Suite. — Loi du 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage.

213. — L'acte de mariage est-il exigé comme condition constitutive de l'existence même du mariage? — *Quid*, si, après le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil, l'une des parties mourait subitement ou refusait de signer? — *Quid*, si l'officier public lui-même mourait subitement avant d'avoir signé?

214. — Suite.

SECTION II.

DES MARIAGES CÉLÉBRÉS : 1° EN PAYS ÉTRANGER, SOIT ENTRE FRANÇAIS SEULEMENT, SOIT ENTRE FRANÇAIS ET ÉTRANGERS; 2° EN FRANCE, SOIT ENTRE FRANÇAIS ET ÉTRANGERS, SOIT ENTRE ÉTRANGERS SEULEMENT.

§ I.

Des mariages célébrés, en pays étranger, soit entre Français seulement, soit entre Français et étrangers.

215. — Les Français peuvent aujourd'hui se marier en pays étranger, sans permission de l'empereur, soit entre eux, soit avec des étrangers.

N° 1. — *Des mariages, en pays étranger, entre Français.*

216. — Les articles 170, 171 semblent soumettre à quatre conditions la célébration du mariage des Français en pays étranger.

217. — 1° Le Français demeure soumis aux lois qui régissent sa capacité personnelle.

218. — 2° Suivant quelles formes le mariage des Français en pays étranger doit il être célébré? — *Quid*, s'il s'agit d'un militaire?

219. — Faut-il, pour que deux Français puissent se marier en pays étranger, que l'un d'eux au moins y ait une résidence de plus de six mois? — *Quid*, des militaires?

220. — 3° Des publications de mariage des Français en pays étranger. — A Où doivent-elles être faites?

221. — B. Dans quels cas ces publications sont-elles exigées?

222. — C. Quel est, à l'égard du mariage des Français en pays étranger, l'effet du défaut d'actes respectueux et du défaut de publication? — Les empêchements, qui ne seraient que prohibitifs en France, deviennent-ils dirimants en pays étranger? — Trois opinions se sont formées à cet égard :

223. — *Première opinion :* Les mariages des Français en pays étranger, non précédés de publications en France, ou des actes respectueux requis par la loi, doivent toujours être annulés.

224. — *Deuxième opinion :* Ces mariages ne doivent jamais être annulés.

225. — *Troisième opinion :* Il appartient aux magistrats d'apprécier toutes les circonstances du fait, et de maintenir ou d'annuler les mariages, en vertu de l'article 193, suivant que les conditions de publicité leur paraîtront satisfaites ou violées. — C'est sur le même article qu'il faut fonder les fins de non-recevoir par lesquelles peuvent être repoussées les demandes en nullité dirigées contre ces mariages.

226. — 4° L'acte de mariage doit être transcrit sur les registres de l'état civil du lieu du domicile du Français. — Motif général.
227. — A. Dans quels cas cette transcription doit-elle être faite?
228. — B. Dans quel délai?
229. — C. Quel est l'effet du défaut de transcription de l'acte de mariage dans le délai fixé par l'article 171?

N° 2. — *Des mariages en pays étrangers, entre Français et étrangers.*

230. — Ces mariages sont régis en général par les mêmes principes que les mariages contractés, en pays étranger, entre Français — Il existe pourtant certaines différences. — Quelles sont-elles?

§ II.

Des mariages célébrés, en France, soit entre Français et étrangers, soit entre étrangers seulement.

N° 1. — *Des mariages, en France, entre Français et étrangers.*

231. — Suivant quelles formes ces mariages doivent-ils être célébrés?
232. — D'après quelles lois doit alors être appréciée la capacité des futurs époux?
232 *bis*. — Suite.
233. — De quelle manière l'étranger doit-il justifier de sa capacité d'après les lois de son pays? — Circulaire du ministre de la justice, du 4 mars 1831.

N° 2. — *Des mariages célébrés en France entre étrangers seulement.*

234. — Par quelles lois sont régis ces mariages, en ce qui concerne les formes, le mode de preuve, et la capacité personnelle des époux.
235. — La circulaire ministérielle du 4 mars 1831, doit-elle être appliquée dans ce cas?

177. — Nous parlerons d'abord des mariages célébrés en France entre Français, c'est-à-dire de l'hypothèse la plus générale et la plus ordinaire; et nous exposerons ensuite ce qui concerne les mariages célébrés : 1° en pays étranger, soit entre Français seulement, soit entre Français et étrangers; 2° en France, soit entre étrangers seulement, soit entre Français et étrangers.

178. — Et d'abord, la nécessité d'une célébration publique, d'une célébration solennelle, est facile à comprendre : 1° le mariage est un acte de l'état civil, un contrat de droit public, dans lequel la société tout entière est pour ainsi dire partie; 2° il faut garantir la liberté des consentements; 3° il faut enfin que la preuve

authentique du mariage soit recueillie et conservée, pour en assurer l'indissolubilité et tous les autres effets.

Parmi les formalités du mariage, les unes précèdent, les autres accompagnent, ou plutôt même constituent la célébration.

179. — A. Les premières ont pour but de s'assurer que toutes les conditions requises par la loi sont remplies et qu'aucun empêchement ne s'oppose au mariage.

De là *les publications*, — *l'affiche*, — *la remise des pièces à l'officier de l'état civil.*

180. — Les *publications* : c'est l'annonce publique du mariage, connue autrefois sous le nom de *bans*, c'est-à-dire *proclamation* (Pothier, n° 66). Les article 63-65, et 166-169 organisent cette formalité de manière à ce qu'elle désigne le mieux possible au public les personnes qui se proposent de se marier, et que les empêchements puissent être dénoncés soit par des oppositions en forme, soit même officieusement, dans un délai convenable qui ne retarde pourtant pas trop la célébration.

Par qui? — comment? — et dans quelles communes les publications doivent-elles être faites?

181. — Par qui? — par l'officier de l'état civil, et par lui seul, sans nul doute (art. 63; Coin-Delisle, sur cet article, n° 2). Il est tenu de déférer, à cet égard, à la réquisition qui lui est adressée, lorsque, bien entendu, elle est régulière. Pour cela, certaines conditions sont nécessaires :

1° Il faut que cette réquisition soit formée du consentement des deux futurs époux. Tel était l'ancien droit (Pothier, n° 76), consacré aussi par la loi du 20 septembre 1792, qui leur imposait l'obligation de faire publier leurs *promesses réciproques* (tit. IV, sect. II, art. 1); et quoique notre Code n'ait point de disposition semblable, l'officier de l'état civil n'en doit pas moins veiller, sous sa responsabilité personnelle, à l'accomplissement de cette condition, parce qu'elle est fondée sur la raison

et sur le droit commun. Les publications sont en quelque sorte le commencement d'exécution d'un contrat, qui ne peut se former que par le concours des deux volontés; et il n'est, d'ailleurs, permis à personne de disposer du nom d'un tiers sans son aveu, surtout de cette façon (Zachariæ, t. III, p. 295; Coin-Delisle, art. 63, n° 4; Richelot, t. I, p. 239, note 2);

2° Il faut que les parties remettent à l'officier de l'état civil les notes et renseignements nécessaires pour dresser l'acte de publication et d'affiche. — Est-ce à dire toutefois qu'il puisse, dès ce moment, exiger les pièces mêmes, constatant l'exactitude de ces renseignements? Autrefois le curé devait, du moins lorsqu'un des futurs époux était *enfant de famille*, se faire représenter le consentement des père, mère, tuteur ou curateur, avant de procéder à la publication des bans; la déclaration du 26 novembre 1639 (art. 1) était, à cet égard, formelle (Pothier, n° 76). Les opinions sont aujourd'hui fort peu arrêtées sur ce point :

1° Les uns enseignent que les futurs époux ne sont pas tenus, pour être en droit de requérir les publications, de justifier déjà, par la remise des pièces, l'exactitude des notes qu'elles présentent, et que l'officier de l'état civil ne peut exiger ces pièces que pour procéder à la célébration même du mariage (Delvincourt, t. I, p. 65, note 4 ; Zachariæ, t. III, p. 295) : aucun texte ne soumet les parties à cette condition ; au contraire, les articles, qui parlent de la remise des pièces (art. 69-73) sont placés après ceux qui règlent la forme des publications et supposent implicitement que ces pièces ne sont nécessaires à produire qu'au moment de la célébration. A la vérité, l'officier de l'état civil pourra exiger, même pour faire les publications, la représentation de l'acte de naissance des futurs époux, parce que l'article 63 veut que les publications énoncent *leur qualité de majeur ou de mineur ;* mais ce même article n'exigeant pas d'autres

énonciations, celle par exemple que les futurs époux mineurs ont obtenu les consentements nécessaires, l'officier de l'état civil n'est pas encore fondé à demander la preuve de l'accomplissement de cette condition. Et voilà bien pourquoi l'article 168 déclare que, « si les parties « contractantes ou l'une d'elles sont, relativement au « mariage, sous la puissance d'autrui, les publications « seront encore faites à la municipalité du domicile de « ceux sous la puissance desquels elles se trouvent, » afin de les informer de ce projet de mariage ; ce qui suppose qu'elles peuvent l'ignorer et que par conséquent elles n'ont pas dû nécessairement y consentir ! Telle est aussi la solution donnée par le conseil d'État dans un avis du 30 mai 1808.

2° D'autres, au contraire (Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. III, § 3, n° 2), semblent autoriser l'officier de l'état civil à demander, dès ce moment même, aux parties, la justification de toutes les conditions requises, non-seulement du consentement de leurs ascendants ou de leur famille, si elles sont mineures, mais même aussi des actes respectueux auxquels elles pourraient être forcées de recourir. C'est en ce sens que deux lettres du ministre de la guerre des 5 thermidor an VIII et 30 pluviôse an XIII portent : « qu'il convient d'exiger des militaires, *avant « la publication de leurs bans*, un certificat du conseil « d'administration de leur corps constatant la déclaration « qu'ils lui ont faite de leur prochain mariage.... »

3° Il est enfin une opinion qui permet à l'officier de l'état civil d'exiger des futurs époux, mineurs quant au mariage, la preuve des consentements nécessaires, sans l'autoriser, lorsqu'ils sont majeurs, à surseoir aux publications jusqu'à ce que les actes respectueux aient été faits (Coin-Delisle, art. 63, n° 5 ; Richelot, t. I, p. 239, note 2). Cette dernière distinction, conforme à l'ancienne jurisprudence, me paraît aussi raisonnable. Après tout, de ce que le futur époux est incapable de se marier sans le

consentement de ses ascendants ou de sa famille, il n'est certes pas illogique de conclure qu'il ne peut pas forcer l'officier public d'annoncer son mariage sans lui représenter la preuve de ce consentement, d'autant plus qu'un tel procédé serait contraire à la déférence et au respect que la loi commande à ' enfant envers ses ascendants (art. 371). L'objection déduite de l'article 168 n'est pas décisive ; car les publications faites dans ce domicile on pour but, non pas seulement d'informer avec détail les ascendants ou la famille du projet de mariage, mais de provoquer aussi les oppositions, même pour d'autres causes, s'il y en avait; or, le lieu du domicile des ascendants ou du conseil de famille est ordinairement celui où le futur époux sera le plus connu.

Au reste, des publications faites par l'officier de l'état civil sur de simples notes et sans pièces justificatives, peuvent, dans tous les cas, présenter des inconvénients, s'il arrivait, par exemple, que les pièces produites plus tard ne fussent pas d'accord avec les notes d'après lesquelles les publications auraient eu lieu. Il serait nécessaire alors de les recommencer; et par conséquent les parties elles-mêmes ont intérêt à ne pas s'y exposer.

182. — Comment les publications doivent-elles être faites? — L'officier de l'état civil est tenu d'en faire deux, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune (art. 63).

Un jour de dimanche, c'est-à-dire le jour où la population se répand au dehors et s'enquiert des nouvelles.

Devant la porte de la maison commune, ou, bien entendu, de la maison qui en tient lieu légalement (loi du 18 floréal an x, art. 3), c'est-à-dire à l'endroit d'ordinaire le plus central et le plus habité.

A huit jours d'intervalle, c'est-à-dire plus exactement peut-être du dimanche au dimanche suivant (Toullier, t. I, n° 564).

Tout cela, afin d'entourer le projet de mariage de la

plus grande publicité possible, et de donner aux oppositions le temps de se produire.

L'officier de l'état civil doit choisir l'heure la plus convenable; l'article 63, sans désigner lui-même cette heure, veut pourtant que celle, à laquelle les publications auront eu lieu, soit énoncée dans l'acte; c'est un bon usage observé dans la plupart des communes, de faire les publications à la sortie de l'office divin.

183. — Coin-Delisle (art. 64, n° 7) remarque avec vérité qu'une opposition signifiée à l'officier de l'état civil, après la première publication, ne devrait pas empêcher la publication suivante; car l'article 68 défend seulement de passer outre à la célébration du mariage, et non pas de continuer les publications; car le mode de publicité requis par l'article 63 consistant dans la succession des publications par deux dimanches consécutifs, la première ne devrait pas compter, si la seconde ne pouvait pas avoir lieu; or, la loi n'accorde pas à l'opposant le pouvoir d'obliger les parties à recommencer les publications après la mainlevée de son opposition.

184. — Au reste, « il est loisible au chef de l'État ou « aux officiers qu'il préposera, à cet effet, de dispenser, « pour des causes graves, de la seconde publication. » (Art. 169.)

Aux officiers qu'il préposera à cet effet, parce que s'il avait fallu, dans ce cas, s'adresser au chef de l'État comme pour obtenir des dispenses d'âge et de parenté (*supra*, n° 149), cette formalité aurait pris beaucoup plus de temps que la publication elle-même; aussi cette dispense peut-elle être accordée par « le procureur impérial près « le tribunal de première instance, dans l'arrondissement « duquel les impétrants se proposent de célébrer leur ma- « riage. » (*Voy.* au reste les articles 3 et 4 de la loi du 20 prairial an XI.)

Pour des causes graves, comme, par exemple, un pressant voyage (Locré, *Législ.*, t. IV, p. 344-346), ou pour

éviter le scandale imminent d'un accouchement avant le mariage et la nécessité d'une légitimation (Pothier, nº 78), etc. L'appréciation de ces causes est d'ailleurs confiée à la prudence du magistrat chargé de concéder la dispense. Je regretterais, toutefois, que l'on considérât aujourd'hui comme un motif de dispense *l'infamie, qui tomberait par la proclamation, sur les personnes qui veulent se marier* (Merlin, *Rép.*, t. I, vº *Bans de mar.*). Pourquoi donc n'emploierait-on pas, au contraire, ce moyen très-légitime d'empêcher les honteux mariages?

De la seconde publication, et jamais, par conséquent, de la première, sans laquelle le mariage ne serait pas du tout annoncé (*voy.* l'article 15 de l'ordonnance du 23 octobre 1833; Aix, 18 août 1870, Granoux, Dev., 1872, II, 69).

185. — Les publications et l'acte qui doit en être dressé, énoncent ce qui peut désigner le mieux chacun des futurs époux, ses prénoms, nom, profession et domicile, sa filiation, c'est-à-dire les prénoms, nom, profession et domicile de ses père et mère, et enfin sa qualité de majeur ou de mineur, et non pas son âge, malgré l'article 34, soit parce que les pièces qui le constatent peuvent n'être pas encore réunies (Coin-Delisle, art. 64, nº 9), soit aussi peut-être afin d'appeler plus directement l'attention sur cette circonstance de la minorité, qui peut susciter des oppositions. Il convient, d'ailleurs, de ne mettre dans les publications que ce qui est utile; et l'officier de l'état civil doit s'abstenir de toute énonciation qui serait, sans nécessité, fâcheuse pour les parties. Il fera donc bien, en général, de ne pas emprunter aux actes de naissance les qualifications d'enfant naturel reconnu, et moins encore d'enfant né de père et mère inconnus (arg. de l'article 85). Pourtant on ne saurait poser ici de règle inflexible; ce qu'il faut, avant tout, c'est que les publications fassent bien connaître le futur époux; si donc il arrivait que certaines qualifications malsonnantes fussent, pour cela, nécessaires, il faudrait bien les énoncer!

L'acte d'ailleurs doit, pour plus de garantie, attester lui-même les jours, lieux et heures où les publications auront été faites; et nous savons (t. I, n° 285) qu'il est inscrit sur un registre coté et paraphé, mais qui, toutefois, n'est pas tenu double (art. 63; comp. art. 40).

186. — La loi, pour atteindre d'autant mieux le but de publicité qu'elle se propose, a fixé, à partir des publications ou de la publication : 1° un délai avant lequel le mariage ne peut pas encore être célébré; 2° un délai après lequel il ne peut plus l'être.

1° « Le mariage ne pourra être célébré avant le troi- « sième jour depuis et non compris celui de la seconde « publication » (art. 64), ou, bien entendu, de la publication unique, s'il y a eu dispense (Duranton, t. I, n° 229; Zachariæ, t. III, p. 296), Marcadé pense toutefois que le silence du texte, à cet égard, permettrait, en cas de nécessité absolue, de célébrer le mariage après un délai de vingt-quatre heures seulement (art. 169, n° 2). Mais il me semble que ce délai est arbitraire : ou l'article 64 est applicable, lorsqu'il y a eu dispense de la première publication, ou il ne l'est pas; dans le premier cas, le mariage ne peut pas être célébré avant le troisième jour; dans le second cas, il peut être célébré immédiatement après la publication unique; or, l'auteur reconnaît lui-même qu'on n'y pourrait pas procéder sans aucun délai, parce qu'en effet cette publication serait illusoire; donc, l'article 64 doit alors même être appliqué tout entier.

Avant le troisième jour, c'est-à-dire avant le mercredi; mais il peut être célébré le mercredi. Ce sera, il est vrai, le troisième jour, et non pas, dès lors, *avant* ce troisième jour (Toullier, t. I, n° 566; Duranton, t. I, n° 229; Vazeille, t. I, n° 157; Coin-Delisle, art. 64, n° 2).

La célébration peut, d'ailleurs, être faite à quelque heure que ce soit du mercredi, sans se préoccuper de l'heure à laquelle auraient eu lieu les publications du di-

manche. En vain on objecte que les actes de publications et les actes de mariage portent tous deux l'indication des heures (art. 34 et 63 ; Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. III, sect. III, n° 25). D'une part, la loi, en général du moins, compte par jours, et non par heures (art. 2260; Coin-Delisle, art. 64, n° 2; *voyez* pourtant Richelot, t. I, p. 241, note 5); d'autre part, en tout cas, le texte même, en défendant la célébration uniquement *avant* le troisième jour, la permet, dès lors, pendant toute la durée de ce jour.

187. — 2° « Si le mariage n'a pas été célébré dans « l'année, à compter de l'expiration du délai des publica- « tions, il ne pourra plus être célébré qu'après que de « nouvelles publications auront été faites dans la forme « ci-dessus prescrite. » (Art. 65.) On conçoit qu'après ce délai, le projet de mariage a dû être oublié et même présumé abandonné; des empêchements, d'ailleurs, ont pu surgir, qui n'existaient pas auparavant.

A compter de l'expiration du délai des publications, dit notre article 65 ; mais que signifie cette phrase, et quel est le jour où cette année expire?

On paraît généralement reconnaître que ces mots : *délai des publications*, indiquent l'intervalle du dimanche au mercredi, pendant lequel la célébration du mariage ne peut point avoir lieu.

Mais faut-il compter le *dies a quo*, c'est-à-dire le mercredi lui-même, dans l'année, après laquelle les publications seront périmées? Delvincourt (t. I, p. 66, note 1), Toullier (t. I, n° 567) et Duranton (t. II, n° 229) ne le comptent pas, et décident, en conséquence, que le mariage, par exemple, qui aurait pu se faire le mercredi 7 février 1809, pourrait encore être fait le 7 février 1810.

Mais la loi n'accorde qu'une année ; or, dans la même année, vous ne pouvez pas avoir deux fois le 7 février; donc, cette interprétation n'est pas exacte. C'est qu'en effet le mercredi doit être compté. *Le délai des publica-*

tions est celui pendant lequel le mariage ne peut pas être célébré; or, il peut être célébré le mercredi; donc, ce jour-là n'est pas compris dans *le délai des publications* et doit, au contraire, compter dans l'année (Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. III, § 2, n° 25; Coin-Delisle, art. 65, n° 2).

188. — Si les publications ont été faites dans plusieurs communes, et à des dates différentes, il faut remarquer : 1° que le délai, avant lequel le mariage ne peut pas encore être célébré (art. 64), court seulement de la date de la publication la plus tardive; 2° que le délai après lequel le mariage ne peut plus être célébré (art. 65) doit être considéré, à l'égard de chacune des publications, de sorte que si les unes sont périmées, tandis que les autres seraient encore valables, on ne peut célébrer le mariage qu'après avoir renouvelé les premières.

189. — Dans quelles communes les publications doivent-elles être faites?

Les articles 166, 167 et 168 ont pour but de répondre à cette question; mais les termes en sont si embrouillés, qu'il est en vérité fort difficile de savoir ce qu'ils ont voulu dire; aussi les opinions sont-elles, sur ce point, remplies elles-mêmes d'obscurités et d'incertitudes.

Article 166 : « Les deux publications ordonnées par « l'article 63, au titre des actes de l'état civil, seront fai- « tes à la municipalité du lieu, où chacune des parties « contractantes aura son domicile. »

Article 167. « Néanmoins, si le domicile actuel n'est « établi que par six mois de résidence, les publications « seront faites en outre à la municipalité du dernier do- « micile. »

Un point me paraît vrai aujourd'hui dans tous les cas, malgré la dissidence de M. Dalloz (*Rec. alph.*, t. X, v° *Mariage*, sect. III, n° 2), qui a pour lui, j'en conviens, l'autorité de l'ancien droit (Pothier, n° 72), c'est que les publications doivent toujours être faites dans les commu-

nes où chacun des futurs époux a son domicile réel, son domicile ordinaire (art. 102); l'article 166 est, à cet égard, clair et formel. Aussi bien, est-ce à ce domicile que les futurs époux seront presque toujours le mieux connus, et que, par conséquent, les publications seront le plus utiles (*voy.* aussi art. 94; Duranton, t. II, nº 230; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 292; Massé et Vergé, t. I, p. 172; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 93, 94).

Voilà pour l'article 166.

Mais que veut dire maintenant l'article 167?

Nous verrons bientôt qu'aux termes de l'article 74, le mariage peut être célébré dans la commune où l'un des futurs époux a une résidence de six mois; or, l'article 167 se réfère évidemment à cette disposition. J'attendrai donc que j'aie expliqué l'article 74 et la théorie du domicile matrimonial, pour décider dans quelle commune encore, outre celle du domicile réel des futurs époux, les publications doivent avoir lieu (*infra*, nº 196).

190. — « Si les parties contractantes ou l'une d'elles « sont, relativement au mariage, sous la puissance d'au- « trui, les publications seront encore faites à la munici- « palité du domicile de ceux sous la puissance desquels « elles se trouvent. » (Art. 168.)

Il est nécessaire, en effet, d'informer officiellement ces personnes du mariage projeté par celui que la loi place sous leur puissance; aussi « les Français même qui se trouvent, relativement au mariage, sous la puissance de personnes domiciliées en pays étranger, doivent-ils faire faire à ce domicile les publications prescrites par l'article 168 (suivant les formes usitées dans chaque pays). » (Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, D., 1839, III, 60.)

L'article 168 a soulevé deux questions :

1° Dans quel cas les parties sont-elles *sous la puissan d'autrui, relativement au mariage ?* Est-ce seulement lors-

que, mineures pour le mariage, elles ont besoin du consentement de leurs ascendants, ou bien aussi lorsque majeures, elles ont des ascendants, dont elles doivent demander le conseil? Pour soutenir que même, dans ce dernier cas, les publications doivent être faites au domicile des ascendants, on pourrait invoquer le texte et les motifs de notre article : n'est-ce pas être, en effet, *sous la puissance* d'une personne, n'est-ce pas dépendre de cette personne, que d'être légalement obligé de lui demander conseil? Les ascendants d'ailleurs, à défaut d'actes respectueux, ont le droit de former opposition; et il importe, pour l'efficacité de ce droit, que les publications les instruisent du projet de mariage. Ajoutez que les ascendants pourraient ainsi, sans déplacement, former leur opposition entre les mains de l'officier de l'état civil de leur domicile (*supra*, n° 160). Enfin ne sera-ce pas toujours une mesure utile, que celle qui provoquera les oppositions, s'il y avait lieu d'en former, dans un endroit où les futurs époux sont nécessairement présumés connus? (Marcadé, t. II, art. 168, n° 2.)

Ces motifs sont assurément sérieux; mais néanmoins l'opinion contraire me paraît plus conforme à la lettre même de la loi et à sa pensée : l'enfant, qui peut se marier sans le consentement de son ascendant, n'est pas, il faut bien le reconnaître, *sous la puissance*, c'est-à-dire sous l'autorité, sous la dépendance de cet ascendant, quant au mariage; et il est d'autant plus probable que le Code Napoléon l'a ainsi entendu, que tel était également l'ancien droit (Pothier, comp. nos 72 et 337-339). Le droit de former opposition, à défaut d'actes respectueux, a pu paraître suffisamment garanti à l'ascendant par la nécessité imposée à l'enfant de représenter ou le consentement ou l'acte de décès de son ascendant; et enfin, je ne crois pas que la loi ait voulu, dans l'article 168, provoquer d'autres oppositions que celles qui proviendraient de ceux *sous la puissance desquels* les futurs époux se

trouvent (Delvincourt, t. I, p. 65, note 3; Toullier, t. I, n° 562; Vazeille, t. I, n° 155; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 93; D., *Rec. alph.*, t. X, p. 60, n°s 4, 5).

2° L'article 168 s'applique-t-il au cas où le futur époux mineur, et n'ayant plus d'ascendant, est tenu d'obtenir le consentement du conseil de famille? (Art. 160.)

Proudhon enseigne la négative, « soit parce que ce mineur n'est point sous la puissance de chacun des membres du conseil individuellement pris, soit parce que ce conseil n'a pas de domicile.... » (T. I, p. 377.)

Mais est-ce que l'enfant n'est pas alors sous *la puissance* de ce conseil, *relativement à son mariage?* oui sans doute. Est-ce qu'il n'est pas très-utile que le conseil soit informé, par des publications, de ses projets de mariage? oui encore; donc, le texte et les motifs de l'article sont applicables. Il n'est pas exact d'ailleurs de dire que le conseil de famille n'a point de domicile. Les publications seront faites au lieu où il se rassemble et où il siége (Valette sur Proudhon, t. I, p. 377; note *a;* Toullier, Duranton, Zachariæ, *loc. sup. cit.*).

191. — *L'affiche.* « Un extrait de l'acte de publication « sera et restera affiché à la porte de la maison commune « pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre pu- « blication.... » (Art. 64.) C'est là un moyen de publicité d'autant plus utile aujourd'hui, que les publications elles-mêmes sont, à vrai dire, ignorées de tout le monde, surtout dans les grandes villes où même elles ne se font pas; aussi a-t-on bien raison d'afficher également l'acte de la seconde publication (Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. III, § 2, n° 10), quoique notre article paraisse n'exiger que l'affiche du premier acte. — De même, il faudrait afficher l'acte de la publication unique, si une dispense de la seconde publication avait été accordée. Tel est certainement le vœu et l'esprit de la loi, quoique ses termes ne se réfèrent qu'au cas le plus ordinaire (ou qui devrait être du moins le plus or-

dinaire), c'est-à-dire à celui où les deux publications ont été faites.

192. — *Remise des pièces à l'officier de l'état civil.* Ces pièces sont toutes celles qui doivent justifier de l'accomplissement des conditions requises pour que le mariage projeté puisse avoir lieu :

1° L'acte de naissance de chacun des futurs époux, afin de constater son âge et sa filiation. — Celui des deux époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer, peut le remplacer par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile (art. 70). Les articles 71, 72 règlent clairement les formes et les conditions de cet acte, de manière à prévenir, autant que possible, toute fraude. C'est surtout par ce motif qu'il doit être homologué par le tribunal sur les conclusions du procureur impérial. Je pense, avec Coin-Delisle (art. 70, n° 2) que cet acte de notoriété est le seul qui puisse remplacer l'acte de naissance, parce qu'il est possible à tous et toujours de se le procurer, et qu'aucun autre acte ne remplirait le but de cette espèce d'enquête faite *ad hoc* et au moment même de la célébration. Je n'admets donc pas non plus l'opinion de M. Hutteau d'Origny (tit. VII, chap. III, § 1, n° 6), qui pense « qu'un individu admis dans un hospice d'orphelins ou d'enfants pourrait suppléer le défaut de représentation d'acte de naissance par un certificat particulier de son entrée dans cet hospice. » — Remarquez encore que la faveur du mariage est la seule cause de cette dispense, et que par conséquent l'effet de l'acte de notoriété est limité à cette circonstance (art. 70; Toullier, t. I, n° 358; Demante, *Progr.*, t. I, n° 200; *voy.* aussi notre t. I, n° 324), sans préjudice, toutefois, des moyens qu'on pourrait en tirer, même dans d'autres causes et pour d'autres intérêts, contre les parents qui l'auraient signé (Toullier, *loc. supra;* Coin-Delisle, art. 70, n° 3);

2° L'acte de consentement des ascendants ou des pa-

rents, lorsqu'ils n'assistent pas en personne à la célébration, ou les procès-verbaux des actes respectueux. — Pour tout ce qui concerne cette condition, et la preuve à fournir soit du décès des ascendants, soit de l'impossibilité où ils seraient de manifester leur volonté, *voyez* l'article 155, et *supra*, nos 35 et suivants (Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mariage*, sect. IV, § 1, p. 58, 59);

3° Une expédition authentique des dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance, qui auraient été accordées;

4° Si les futurs époux, ou l'un d'eux, ont déjà été mariés, l'acte constatant la dissolution du précédent mariage (avis du conseil d'État du 17 germinal an XIII);

5° S'il s'agit d'un militaire ou d'un individu employé à l'armée, les certificats des permissions, qu'ils sont tenus d'obtenir de leurs chefs (*supra*, n° 92);

6° Les certificats des publications faites dans les diverses communes où elles ont dû, suivant les cas, avoir lieu;

7° La mainlevée des oppositions, s'il en a été formé, ou les certificats attestant qu'il n'en a point été formé dans les communes où les publications ont été faites (art. 69).

193. — Si les pièces produites, et particulièrement si l'acte de naissance des futurs époux ou l'acte de décès de leurs ascendants renfermaient des erreurs ou des irrégularités, la règle générale serait sans doute qu'il faudrait, dans tous les cas, obtenir un jugement de rectification (*voy.* notre tome I, n° 331); et on ne pourrait pas en effet s'en dispenser, dans le cas où les énonciations, renfermées dans les actes, sembleraient pouvoir soulever une question d'État. Mais si, au contraire, il ne s'agissait que d'erreurs matérielles, comme, par exemple, de noms mal orthographiés, un avis du conseil d'État, du 30 mars 1808, permet alors d'épargner aux parties les frais et les lenteurs d'une rectification sur les registres. Il porte que :

« Dans le cas où le nom d'un des futurs ne serait pas orthographié dans son acte de naissance comme celui de

son père, et dans celui où l'on aurait omis quelqu'un des prénoms de ses parents, le témoignage des pères et mères ou aïeux assistant au mariage et attestant l'identité, doit suffire pour procéder à la célébration du mariage;

« Qu'il doit en être de même dans le cas d'absence des pères et mères ou aïeux, s'ils attestent l'identité dans leur consentement donné en la forme légale;

« Qu'en cas de décès des pères, mères ou aïeux, l'identité est valablement attestée, pour les mineurs, par le conseil de famille ou par le tuteur *ad hoc;* et pour les majeurs, par les quatre témoins de l'acte de mariage;

« Qu'enfin, dans le cas où les omissions d'une lettre ou d'un prénom se trouvent dans l'acte de décès des pères, mères ou aïeux, la déclaration à serment des personnes dont le consentement est nécessaire pour les mineurs, et celle des parties et des témoins pour les majeurs, doivent aussi être suffisantes, sans qu'il soit nécessaire, dans tous ces cas, de toucher aux registres de l'état civil, qui ne peuvent jamais être rectifiés qu'en vertu d'un jugement.... » (*Voy.* aussi la loi du 10 décembre 1850, *ayant pour objet de faciliter le mariage des indigents, la légitimation de leurs enfants naturels, et le retrait de ces enfants déposés dans les hospices.*)

194. — Il est au reste incontestable que, lorsqu'il y a doute sur l'identité de la personne qui veut se marier, avec celle dont il est mention dans les pièces exigées par la loi, c'est aux tribunaux et non à l'autorité administrative de décider cette contestation (décret du 16 août 1808, Deconninck C. le maire de Gand).

195. — B. Quant aux formalités qui constituent la célébration même, tout le sujet est renfermé dans les deux questions suivantes :

1° Dans quelle commune et par quel officier public le mariage doit-il être célébré?

2° Dans quel endroit, quel jour, à quelle heure et comment?

196. — 1° Le premier point paraît bien simple ; et, il n'était pas difficile de répondre nettement à cette question, très-simple en effet, mais très-essentielle aussi et très-grave, et d'une application si journalière ! Eh bien ! pourtant, cette question-là même est une de celles peut-être qui a causé aux interprètes du Code Napoléon le plus d'embarras et de perplexité, et qui a jeté entre eux le plus de contradictions ! La vérité est que les textes sont tels, si équivoques et si obscurs, qu'ils fournissent des arguments à tous les systèmes, et ne permettent à aucun d'eux de se prétendre exempt d'objections.

Voici d'abord ces différents textes, qu'il importe avant tout d'avoir sous les yeux :

Article 74 : « Le mariage sera célébré dans la com-« mune où l'un des deux époux aura son domicile ; ce « domicile, quant au mariage, s'établira par six mois « d'habitation continue dans la même commune. »

Article 165 : « Le mariage sera célébré publiquement « devant l'officier civil du domicile de l'une des deux « parties. »

Article 166 : « Les deux publications ordonnées par « l'article 63, au titre des actes de l'état civil, seront faites « à la municipalité du lieu où chacune des parties con-« tractantes aura son domicile. »

Article 167 : « Néanmoins, si le domicile actuel n'est « établi que par six mois de résidence, les publications « seront faites, en outre, à la municipalité du dernier « domicile. »

Il s'agit de savoir quel est, d'après ces articles, le *domicile matrimonial*, et dans quelle commune le mariage peut être célébré. Cette question peut s'élever dans plusieurs cas ; par exemple :

A. J'ai à Paris mon domicile et ma résidence. Je quitte Paris, et je vais établir mon domicile à Rouen.

J'ai fait, pour cela, les deux déclarations nécessaires ; et j'ai maintenant aussi à Rouen mon habitation réelle ;

mais il n'y a pas encore six mois que j'y suis.... Puis-je néanmoins m'y marier?

B. Domicilié à Rouen, je vais à Paris pour affaires ou pour toute autre cause. J'y reste pendant plus de six mois en simple résidence et conservant toujours mon domicile à Rouen... Où pourrais-je me marier? à Rouen seulement? ou bien, en suivant mon choix, à Rouen et à Paris?

Au milieu des incertitudes de la doctrine à cet égard, il m'a paru qu'on pouvait signaler surtout quatre opinions différentes :

1° La première enseigne que le domicile, quant au mariage, ne peut, en aucun cas, s'établir que par six mois d'habitation continue dans la même commune; que ce domicile spécial est, à cet égard, régi par des principes tout à fait distincts de ceux qui gouvernent le domicile ordinaire; et que dès lors cette habitation continue pendant six mois dans la même commune, est tout à la fois nécessaire et suffisante pour que le mariage puisse y être célébré, de telle sorte que la célébration ne pourrait pas avoir lieu au domicile ordinaire du futur époux, s'il n'avait pas aussi dans ce même lieu son *domicile matrimonial*, c'est-à-dire une résidence antérieure et continue de six mois (Malleville, t. I, p. 181 ; Delvincourt, t. I, p. 65, note 1; Duranton, t. II, n°s 220-224; Marcadé, t. II, art. 74, n° 1).

2° La seconde opinion professe qu'on peut se marier soit dans la commune où l'on a une résidence de six mois (résidence qui forme ainsi un domicile spécial, quant au mariage), soit dans la commune où l'on a son domicile ordinaire. Mais pour que la célébration puisse avoir lieu à ce dernier domicile, elle exige une condition particulière; et tandis qu'en règle générale, l'établissement du domicile ordinaire n'est pas soumis à la condition d'une résidence continuée pendant un certain temps (art. 103; *voy.* notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général*, etc., n° 353), cette opinion veut

au contraire que le domicile ordinaire lui-même ne s'établisse, quant au mariage, que par une habitation continue de six mois. Mais cette condition une fois remplie, le mariage pourra toujours y être célébré, lors même que la personne aura ensuite résidé pendant six mois dans une autre commune, où elle pourrait également se marier (Richelot, t. I, p. 174, note 1; Demante, *Programme*, t. I, n° 194, et *Cours analyt.*, t. I, n° 228 *bis* I).

3° La troisième opinion admet aussi, comme la seconde, que le mariage peut être célébré soit dans le domicile spécial qui résulte, quant au mariage, d'une simple résidence de six mois, soit dans le domicile ordinaire. Mais elle ajoute que si le domicile ordinaire n'était qu'un domicile d'origine, dans lequel la personne n'aurait conservé ni résidence ni relations, il lui faudrait alors une habitation continue de six mois dans le lieu de ce domicile, pour qu'il lui fût permis de s'y marier (Coin-Delisle, t. I, art. 74, n° 6; *voy.* aussi Duranton, t. II, n° 226).

4° Enfin, la quatrième opinion reconnaît, dans tous les cas, à la partie, la faculté de se marier soit au lieu de sa résidence continuée pendant six mois, soit au lieu de son domicile ordinaire, sans exiger, en ce cas, ni pour l'établissement ni pour la conservation de ce domicile, d'autres conditions que celles qui résultent du droit commun (art. 103 et suiv.; Grenoble, 27 fév. 1817, Blache, Sirey, 1818, II, 103; Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Domicile*, § 9, n° 2; Toullier, t. I, n° 571; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. VI, n° 3; Vazeille, t. I, n° 179; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 95; Massé et Vergé, t. I, p. 175, Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napoléon*).

Cette opinion a été formellement adoptée par M. le garde des sceaux, ministre de la Justice, dans sa circulaire, à MM. les Procureurs généraux près la Cour d'appel, du 22 décembre 1871; d'où il résulte que ceux de nos compatriotes d'Alsace et de Lorraine, qui veulent demeurer fidèles à la fortune de la France, peuvent se marier avant

six mois dans le nouveau domicile qu'ils se seront choisi. (*Journal officiel de la République française* du 23 déc. 1871.)

197. — Voilà les différents systèmes en présence. Voyons maintenant ce que chacun d'eux va nous dire :

Le premier, invoquant les traditions du passé, prétend d'abord que de tout temps, en fait de mariage, on n'a tenu compte que de la résidence. Écoutez Pothier :

« Le curé des parties est celui du lieu où elles font leur résidence ordinaire (n° 355). Lorsqu'une personne a transféré sa demeure d'un lieu dans un autre, pour que le curé du lieu de sa demeure actuelle soit compétent pour la marier, il faut qu'il y ait au moins six mois qu'elle y soit demeurante, lorsqu'elle sort d'une paroisse du même diocèse, ou un an entier, lorsqu'elle sort d'un autre diocèse. » (N° 356.)

Telle était en effet la disposition formelle de l'édit du mois de mars 1697.

Écoutez aussi la loi du 20 septembre 1792, tit. IV, sect. II, art. 2 : « Le domicile, quant au mariage, est fixé « par six mois d'habitation dans le même lieu. »

Vient enfin l'article 74 de notre Code : « Le mariage « sera célébré dans la commune où l'un des deux époux « aura son domicile.... » Vous demandez quel est, pour ce cas, le domicile? le même article fait de suite à cette question la réponse la plus précise : « ....Ce domicile, « quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation « continue dans la même commune. » Telle est aussi l'interprétation qui résulte d'un avis du conseil d'État, approuvé le quatrième jour complémentaire an XIII, et qui porte que : « les militaires, en France, sont soumis à la loi commune; que, par conséquent, ils ne peuvent se marier que par-devant les officiers de l'état civil des communes où ils ont résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses ont acquis le domicile fixé par l'article 74 du Code Napoléon. »

C'est que, de tout temps, on a compris que s'il importe de favoriser la célébration des mariages, il n'est pas moins essentiel de les entourer d'une publicité sérieuse et efficace; or, cette publicité, on ne l'obtient réellement qu'autant que le mariage est célébré dans la commune de la résidence de l'un des futurs époux, dans la commune où une habitation continue de six mois au moins, l'aura fait connaître beaucoup mieux qu'il ne le serait à son domicile de droit, lequel n'est souvent qu'une fiction juridique. S'il n'en était pas ainsi, deux individus qui craindraient, dans le lieu où ils sont connus, quelque opposition fondée à leur mariage, iraient fixer leur domicile dans un autre endroit aussi éloigné qu'ils voudraient; et là, immédiatement après les déclarations de changement de domicile, ils pourraient contracter mariage sans être absolument connus de personne! On a prétendu, il est vrai, que tant que ce nouveau domicile n'aurait pas été suivi d'une habitation continue de six mois, ils devraient faire faire les publications au lieu de leur dernier domicile; mais cette prétention ne repose sur aucun texte; car l'article 167 oblige seulement ceux qui se marient dans le lieu de leur *résidence*, à faire les publications au lieu de leur *domicile;* et ni cet article ni aucun autre n'obligerait ceux qui contracteraient mariage au lieu d'un domicile acquis d'hier, de faire les publications au lieu de leur domicile abandonné ou de leur dernière résidence. (Comp. Valette, *Explicat. somm. du liv. du Code Napoléon*, p. 95.)

198. — Cet inconvénient est réel; et c'est précisément pour y remédier, que la seconde opinion entre en lice et nous propose de décider qu'on pourra se marier, à son choix, soit dans le lieu de la résidence, soit dans le lieu du domicile, mais à la condition que, pour ce dernier cas, le domicile ne s'acquerra que par une habitation continuée pendant six mois. Cette opinion explique ainsi le texte de l'article 74.

199. — Très-bien! lorsque le mariage sera célébré dans ce nouveau domicile après six mois de résidence ou du moins tant que ce domicile n'aura pas été abandonné. Mais supposez que la personne s'en éloigne pendant de longues années, qu'elle n'y reparaisse plus! La voilà oubliée et désormais inconnue, malgré les six mois de résidence qu'elle a pu y faire anciennement; et c'est par ce motif que la troisième opinion ne veut plus lui permettre alors de s'y marier.

200. — Chacune de ces théories est défendue par des motifs sérieux; et si la loi était à faire, on devrait sans doute en tenir compte. Mais la loi est faite; et malgré ses obscurités, je crois que toutes les distinctions, qui précèdent, ne résultent pas de son texte et sont par conséquent arbitraires. Je tiens donc pour la dernière opinion; et mon avis est que le mariage peut être célébré soit au lieu de la résidence continue de six mois, soit au lieu du domicile ordinaire, sans qu'il y ait rien de spécial en ce cas, ni pour l'établissement ni pour la conservation de ce domicile :

1° Il n'est pas exact de dire que dans l'ancien droit, lorsqu'une personne avait transféré sa résidence d'un lieu dans un autre, le curé de sa nouvelle résidence ne pouvait la marier qu'au bout de six mois ou d'un an. Je complète ici le passage précité de Pothier : « Sans cela, dit-il, son curé actuel ne peut la marier sans un certificat de publication de bans du curé de la paroisse d'où elle est sortie » (n° 356); donc, avec ce certificat, il pouvait la marier même avant qu'elle eût six mois de résidence dans sa nouvelle paroisse. — Vous invoquez aussi l'article 2 de la loi du 20 septembre 1792 (tit. IV, sect. II); cet article, en effet, était plus favorable que l'article 74 à l'opinion que j'essaye de combattre. Eh bien pourtant, un décret d'ordre du jour, du 22 germinal an II, a interprété cet article même de la loi de 1792 dans le sens que je défends, en décidant qu'il ne faisait pas obstacle à ce

que le mariage fût célébré au lieu du domicile ordinaire, sous la condition seulement de faire des publications au lieu de la dernière résidence. Voilà pour l'ancien droit.

2° Le Code Napoléon l'a-t-il changé? je conviens que l'article 74, par la forme de sa rédaction, semble favoriser l'opinion contraire; mais cet article n'est pas seul. La règle générale n'est-elle pas que tous les actes de l'état civil peuvent être faits au *domicile* des parties? (article 102; *voy.* notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 273); et l'article 165 ne fait-il pas précisément au mariage l'application de cette règle? Ne résulte-t-il pas en effet de cet article, comparé aux articles 166 et 167, que le mot *domicile* y est employé dans son acception technique, pour désigner le vrai domicile, le domicile général et ordinaire! L'article 74 lui-même commence par poser ce principe; et ensuite, dans une seconde partie, distincte de la première, il accorde aux futurs époux une faculté de plus, la faculté de se marier non-seulement au lieu de leur domicile, mais encore dans celui où ils auront une résidence de six mois.

3° Si vous ne voulez pas entendre ainsi cet article 74, savez-vous ce qui va arriver? c'est qu'un autre article du Code Napoléon, l'article 167, devient complétement inexplicable! « *Néanmoins*, si le domicile actuel n'est établi « que par six mois de résidence, les publications seront « faites en outre à la municipalité du dernier domicile. » *Néanmoins*.... cela suppose donc un cas singulier, une hypothèse exceptionnelle; or, dans l'autre opinion, cette nécessité des publications *au dernier domicile* sera au contraire la règle générale et toujours nécessaire. En effet, cette opinion, en fait de mariage, ne connaît pas de *domicile!* ou plutôt le domicile, c'est pour elle, toujours et uniquement, la résidence; eh bien! alors, je demande dans quels cas l'article 167 ne serait pas applicable?

Après un an de résidence, dites-vous; tel était l'an-

cien droit (Pothier, n° 72); et il est probable que le Code s'y est référé (Duranton, t. II, n° 230).

Mais cette fixation du délai d'un an est tout à fait arbitraire; et puisqu'on n'a pas à notre argument d'autre réponse, il demeure prouvé que, dans le système contraire, l'article 167 est inexplicable. Il s'explique, au contraire, très-facilement dans l'opinion que je propose. La règle est que les publications doivent être faites dans le lieu *où chacune des parties contractantes a son domicile* (art. 166), c'est-à-dire évidemment son domicile général et ordinaire. Néanmoins, *si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence*, c'est-à-dire si le mariage, au lieu d'être célébré dans la commune du domicile réel, est célébré dans la commune de la résidence, dans ce domicile facultatif, alors les publications seront faites, en outre à la municipalité *du dernier domicile*, c'est-à-dire du domicile réel et ordinaire. La rédaction est embrouillée, sans doute! et le mot *domicile* est employé là, en même temps, dans deux acceptions différentes, pour désigner tantôt le domicile réel, tantôt cette résidence qui, elle aussi en effet, devient, au bout de six mois, un domicile matrimonial facultatif. Mais, je le répète, telle me paraît être la véritable pensée du législateur, prouvée par l'enchaînement des idées qui lient les articles 166 et 167, et aussi par l'impossibilité d'expliquer autrement ce dernier article. L'avis précité du conseil d'État ne saurait prévaloir sur ces arguments, d'autant plus que le conseil, consulté uniquement sur le point de savoir si les militaires étaient, quant au mariage, soumis au droit commun, n'a entendu effectivement résoudre que cette seule question, sans se prononcer d'ailleurs sur les difficultés que le droit commun peut soulever à l'égard de tous ceux qui y sont soumis. Les militaires devront donc, comme tous les autres Français, avoir une résidence de six mois pour pouvoir se marier dans la commune où ils se trouvent; voilà ce que dit le conseil d'État. Mais sup-

posez que cette commune, où ils se trouvent en garnison ou même en passage, soit la commune même de leur domicile ordinaire; seront-ils tenus, pour pouvoir s'y marier, d'y acquérir une résidence de six mois; c'est là un cas particulier que le conseil n'a très-vraisemblablement pas voulu résoudre (Valette sur Proudhon, t. I, p. 384).

4° Enfin, ce qui me paraît surtout décisif, c'est que l'opinion contraire pourrait avoir pour résultat de rendre, pendant un certain temps, impossible la célébration d'un mariage! Deux personnes ont transporté leur domicile de Rouen à Paris; leurs déclarations sont faites, et elles habitent actuellement à Paris; mais elles n'y sont que depuis un mois.... où pourront-elles se marier? — à Rouen? non, car elles n'y ont plus ni domicile ni residence. — A Paris? non plus, d'après vous; car leur résidence n'est que d'un mois. Les voilà donc obligées d'attendre pendant cinq mois entiers! Eh bien! je maintiens que cela ne peut pas être! je ne saurais admettre que deux personnes parfaitement capables d'ailleurs de se marier, soient tenues ainsi en échec pendant plusieurs mois, faute d'un lieu où la célébration puisse se faire. Ce serait aller directement contre le but même de la loi, qui a voulu, en établissant deux domiciles, faciliter et favoriser la célébration! ce serait exagérer, au delà de toute mesure, le principe de la publicité! Tout ce qu'on peut dire sur la rareté de cette hypothèse (très-possible au reste), sur la faute des parties qui n'auraient pas dû quitter en même temps toutes les deux leur ancien domicile (et les parties pourraient être, en bien des cas, excusables!), tout cela n'empêche pas que cette conséquence du système contraire ne soit véritablement inadmissible.

201. — On l'a très-bien compris! Aussi, pour y échapper, a-t-on soutenu qu'une personne qui aurait quitté, depuis moins de six mois, une commune, dans laquelle elle avait une résidence continue de six mois,

que cette personne pourrait y retourner pour contracter mariage (Coin-Delisle, art. 74, n° 7; Marcadé, t. II, art. 74, n° 2).

Cette opinion, qui invoque l'autorité du canoniste Gibert (65e consult., t. I, p. 356), prétend qu'il en doit être du domicile matrimonial comme du domicile ordinaire, et que, pour l'un aussi bien que pour l'autre, la perte du domicile actuel doit correspondre à l'acquisition d'un domicile nouveau; d'où l'on conclut que le domicile matrimonial, acquis dans un lieu par une résidence de six mois, ne se perdrait que par une absence de six mois.

Mais cette proposition, rejetée par les partisans mêmes du système que je combats (Duranton, t. II, n° 220), me paraît en effet contraire aux textes et aux principes, puisqu'il en résulte que le mariage serait alors célébré dans un lieu où la partie n'aurait ni domicile ni résidence. C'est par faveur qu'on vous permet de vous marier, non-seulement au lieu de votre domicile, mais même aussi au lieu de votre résidence, si elle a été continue pendant six mois; mais du moins faut-il que vous ayez dans ce lieu votre résidence actuelle! Je ne veux pas exagérer ce mot *continue* (art. 74); et je ne prétends pas sans doute qu'une absence momentanée, qu'un voyage accidentel, vous ferait perdre cette résidence et le domicile matrimonial qui en résulte. Ce que je crois, c'est que si en effet vous en êtes parti définitivement, si vous avez commencé soit à résider ailleurs pendant deux ou trois mois, soit à courir le monde, vous ne pourrez plus revenir là pour vous y marier le lendemain, et qu'il vous y faudra six mois d'habitation.

202. — Et d'ailleurs, en admettant même que le domicile matrimonial ne se perdît que par une absence de six mois, cela ne remédierait pas au grave inconvénient que j'ai signalé! car après six mois d'absence, il se pourrait très-bien que la personne n'eût pas fixé sa résidence

dans un autre lieu ! Supposez des colporteurs, des marchands forains ou tous autres gyrovagues, qui ont quitté leur domicile depuis longtemps, et ne se sont arrêtés nulle part pendant six mois. Vous avez raison, certes, de ne pas admettre l'opinion d'un auteur (Lagarde, *de l'Organ. munic.*, n° 530) qui pense que le maire devrait alors solliciter du garde des sceaux l'autorisation de les marier ! (Coin-Delisle, art. 74, n° 11.) Et je n'hésite pas non plus à dire que ces personnes ne peuvent pas plus que les autres, pas plus que les militaires (*supra*, n° 197), se marier dans un lieu qui n'est pas leur domicile, lorsqu'elles n'y ont pas une résidence de six mois. Mais pas plus pour eux que pour tout autre, je n'admets qu'il leur faille nécessairement attendre ces six mois ; et je réclame pour eux le droit commun, qui permet à toute personne de se marier au lieu de son domicile ordinaire, de son domicile de droit.

203. — Mais c'est là qu'on m'arrête ! Est-ce que la partie sera connue soit dans un domicile nouvellement acquis sans aucune résidence encore, soit dans un domicile ancien, subsistant toujours en droit, mais, en fait, abandonné depuis longtemps ?

Je ferai deux réponses :

1° La loi présume qu'une personne est toujours connue au lieu de son domicile ! c'est là qu'est en effet son principal établissement (art. 102) ; et si elle en change, il faut non-seulement faire des déclarations, mais venir habiter réellement le nouveau lieu, non pas comme un voyageur, comme un simple résident, mais avec son établissement principal ; circonstance qui peut la faire connaître beaucoup plus vite et beaucoup mieux peut-être qu'une simple résidence en chambre garnie ou à l'auberge, qui suffirait, au bout de six mois, pour se marier dans un lieu quelconque, puisque la loi n'exige que le fait même de la résidence, sans en déterminer les conditions ni le caractère (Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. IV, § 1,

n° 3). Je ne dis pas, certes, pour cela, que toute personne est toujours connue, en fait, dans le lieu de son domicile; mais je pense que, d'une part, il y a, même en fait, beaucoup de chances pour qu'elle y soit connue, et que, d'autre part, en droit, telle est après tout, à tort ou à raison, la présomption légale. Eh ! mon Dieu, n'avons-nous pas vu le domicile de droit, même le plus abstrait et le plus ignoré, attirer néanmoins à lui l'ouverture de la succession et tous les actes de l'état civil ? (T. I, n° 348.)

2° Il y aurait un moyen de tout concilier et de donner au principe de la publicité la satisfaction qui, je le sais bien, lui est due. Ce serait, lorsqu'une partie se marie dans la commune de son domicile réel, où elle n'a pas six mois de résidence, de faire faire en outre les publications au lieu de sa dernière résidence. — Vous ne pouvez pas l'y obliger, me dit-on; le texte vous manque! (Duranton, t. II, n° 220, p. 165, note 2.) — Je réponds d'abord que, dans cette hypothèse, les publications se faisaient ainsi dans l'ancien droit (Pothier, n°s 356, 357) et sous l'empire de la législation intermédiaire (décret du 22 germinal an II), et qu'enfin, lors des travaux préparatoires du Code Napoléon, Tronchet déclara positivement qu'alors « les publications sont faites « et au lieu de la résidence et au lieu du domicile. » (Séance du conseil d'État du 4 vendémiaire an X.)

N'y en a-t il pas assez pour appliquer, même à cette hypothèse, notre article 167 ? Je suis d'autant plus porté à le croire que, d'une part, telle a été certainement la pensée du législateur, et que, d'autre part, il ne s'agit d'imposer ici aux parties qu'une formalité bien simple, et qui n'entraîne que peu de retards. Il sied bien, en vérité, aux autres opinions de se récrier contre un délai de quelques jours, lorsqu'elles retardent la célébration pendant plusieurs mois ! (Valette sur Proudhon, t. I, p. 387 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 93.)

Je n'ai que peu cité la discussion qui a eu lieu au conseil d'État sur tout ce sujet, parce que je conviens qu'elle peut fournir des armes à tous les systèmes ; mais pourtant il m'en paraît bien résulter que le conseil d'État s'associa à l'opinion formellement exprimée par Tronchet, que le mariage pouvait être indifféremment célébré soit dans le lieu du domicile ordinaire, soit dans le lieu de la résidence (séance du 4 vendémiaire an x).

204. — Tout ce que je viens de dire sur le domicile matrimonial ne s'applique qu'aux majeurs et aux mineurs émancipés.

Quant aux mineurs non émancipés, ils ne peuvent pas acquérir par eux-mêmes un domicile qui leur soit propre (art. 108) ; leur mariage devra donc être célébré soit au domicile réel de leurs père, mère ou tuteur[1], soit dans le lieu où leurs père, mère ou tuteur auraient eux-mêmes une résidence de six mois (art 74). Je crois que cette résidence devrait être légalement réputée aussi celle du mineur, quant au mariage (Pothier, nº 357 ; Duranton, t. II, nº 225 ; Coin-Delisle, art. 74, nº 9). Cette décision, conforme aux principes, est d'ailleurs très-sage, puisque, s'il en était autrement, les filles qui quittent le couvent ou la pension pour revenir chez leurs parents, ne pourraient jamais se marier qu'après l'expiration d'un délai de six mois, retard fâcheux et qui pourrait souvent contrarier les convenances des familles.

On ne peut nier toutefois que, dans d'autres cas, la nécessité imposée aux mineurs de revenir au domicile paternel pour s'y marier, ne soit aussi susceptible de beaucoup d'inconvénients ; comme par exemple, lorsqu'il

1. Quel est ce domicile? est-ce toujours celui où la tutelle s'est ouverte, ou bien est-ce le nouveau domicile que le tuteur a pu acquérir? j'ajourne cette question, qui appartient essentiellement au titre *de la Minorité et de la Tutelle* (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, nºˢ 235 et suiv.; Duranton, t. II, nº 230, p. 174 ; Zachariæ, t. III, p. 294).

s'agit d'artisans qui ont été chercher au loin du travail et exercer à de grandes distances leur métier ou leur profession. De tels déplacements entraîneraient alors des retards et des frais, et pourraient même, aux dépens des bonnes mœurs, empêcher un grand nombre de mariages. Aussi M. Hutteau d'Origny (tit. VII, chap. IV, § 1, n° 2) atteste que l'usage s'est introduit, en pareil cas, de marier ces jeunes gens au lieu de leur résidence, usage sans danger d'ailleurs, puisque les publications doivent être faites au lieu du domicile des parents (art. 168); Duranton (t. II, n° 226) semble même le considérer moins comme une déviation que comme une application des principes (Coin-Delisle, art. 74, n° 10).

205. — C'est donc par l'officier de l'état civil de la commune où l'un des deux époux a son domicile ordinaire ou une résidence de six mois, que le mariage peut être célébré.

Par l'officier de l'état civil, c'est-à-dire par le ministre de la loi (art. 165). Rien ne compromettrait plus la validité ou plutôt l'existence même du mariage, qu'une célébration faite par un individu sans caractère public à cet effet, par un simple particulier, ou même par un juge, par un préfet, par un notaire ou par un prêtre ou un ministre d'un culte quelconque (Cass., 10 août 1819, Gaudin C. Summaripa, Sirey, 1819, I, 492; Paris, 18 déc. 1837, Ernouf C. Schuchhardt, Dev., 1838, II, 113; *voy.* toutefois Bastia, 2 fév. 1857, Ettori, Dev., 1857, II, 129; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, p. 103, col. 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 14; Valette sur Proudhon, t. I, p. 411; *infra*, n° 240).

206. — 2° Voyons maintenant dans quel endroit, quel jour, à quelle heure, et comment le mariage doit être célébré.

A. Dans quel endroit? Régulièrement, dans la *maison commune* (art. 75); la section de législation avait ajouté au projet du Code Napoléon un article ainsi conçu :

« En cas d'empêchement, le sous-préfet pourra autori-
« ser l'officier de l'état civil à se transporter au domicile « des parties pour recevoir leurs déclarations et célébrer « le mariage. »

Cet article n'a pas été maintenu par le conseil d'État (séance du 14 fruct. an XI), soit parce qu'on ne savait point encore, à ce moment, si on autoriserait les mariages *in extremis*, qui devaient surtout nécessiter ce déplacement, soit parce que l'obligation d'obtenir une autorisation du sous-préfet aurait pu être, à raison de l'urgence des circonstances et de l'éloignement de la sous-préfecture, une exigence très-fâcheuse. Nous avons déjà dit (*supra*, n° 17) que les mariages *in extremis* sont aujourd'hui permis par cela même qu'ils n'ont pas été défendus; et c'est déjà un motif pour penser que l'officier de l'état civil peut célébrer le mariage ailleurs que dans la maison commune, au domicile, par exemple, du futur époux moribond; telle est d'ailleurs la conséquence des textes et des principes que nous développerons bientôt, sur le point de savoir dans quels cas un mariage devrait être déclaré nul pour défaut de publicité (Cass., 22 juill. 1807, Thémines, Sirey, 1809, I, 68; Pau, 21 juin 1814, Rabouès, D., 1814, I, 348; Riom, 10 juill. 1829, Benoît, Sirey, 1829, II, 320; Delvincourt, t. I, p. 312, note 8).

Seulement il paraît bien résulter de la généralité de l'article 75, ainsi que de l'exposé des motifs (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 498), que l'officier de l'état civil ne pourrait pas être forcé par les parties d'aller célébrer le mariage ailleurs que dans la maison commune; mais il comprendra, selon moi, bien mieux sa mission et ses véritables devoirs, en déférant à la demande des parties, lorsqu'elle sera justifiée par des motifs graves et légitimes (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 99).

Au reste la célébration dans la maison commune étant la règle, il est très-prudent de ne s'en écarter que pour cause de nécessité impérieuse (art. 165, 192, 193; Bruxel-

les, 18 fév. 1809, Duquennoy, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 100; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. VI, § 1, art. 1, n° 3, 1re quest.), et de suppléer alors à l'absence de cet élément de publicité, par des avertissements qui annoncent au public dans quel endroit le mariage sera célébré, et de ne l'y célébrer que *portes ouvertes* (Coin-Delisle, article 75, nos 4-6; comp. tribun. civ. de Langres, 5 févr. 1868, D'A...., Dev., 1868, II, 191).

207. — Mais faut-il aller jusqu'à dire que l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, pourrait se transporter dans une autre commune, pour y célébrer le mariage?

Le moment est venu de résoudre ici cette question (*voy.* notre *Traité de la Publication*, *des Effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 279-1°).

Pour l'affirmative, on prétend que ni les textes, ni les principes, ni la raison n'imposent à l'officier de l'état civil l'obligation de célébrer le mariage dans les limites seulement de sa commune. — *Les textes :* de la combinaison des articles 74 et 165, il semblerait, à la vérité, résulter que le mariage doit être célébré *dans* la commune *et devant* l'officier de l'état civil du domicile de l'un des époux. Mais c'est l'article 165 qui a surtout pour objet de régler la compétence; or, que dit-il? « Le mariage sera célébré publiquement *devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties.* » Pas un mot du lieu de la célébration ; et l'article 74, qui s'en occupe, pose à cet égard non pas une règle de droit, mais bien plutôt une règle de procédure, qui n'est même garantie par aucune sanction. Bien différents sont les textes qui interdisent à certains officiers publics d'instrumenter hors des limites de leur territoire : l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, pour les notaires! la déclaration du 1er mars 1730, pour les huissiers! nous n'avons ici rien de pareil. — *Les principes :* d'une part, si l'officier de l'état civil exerce une juridiction quelconque, ce n'est

assurément qu'une juridiction volontaire; or, il est de règle ancienne que l'exercice de cette juridiction n'est pas circonscrit dans de certaines limites (L. 2, ff. *de Offic., proconsulis;* L. 17, ff. *de Manum. vind.*). On pourrait même avec vérité soutenir que l'officier de l'état civil n'exerce, en pareil cas, aucune *juridiction* proprement dite. D'autre part, les parties ne sont pas obligées d'employer le ministère du notaire ou de l'huissier de leur domicile; elles peuvent, partout où elles se trouvent, se servir du notaire ou de l'huissier du lieu. Au contraire, on ne peut se marier que devant l'officier de l'état civil de son domicile, et on comprend dès lors très-bien comment la compétence des premiers est purement *territoriale;* tandis que celle du second est *personnelle.* En vain on objecte que les maires, en leur qualité d'administrateurs et d'officiers de police judiciaire, ne peuvent agir hors de leur territoire; il suffit de répondre que leurs fonctions d'officiers de l'état civil sont tout à fait distinctes de leurs autres fonctions. — *La raison* enfin, et l'intérêt de la société exigent qu'un mariage, qui réunit d'ailleurs toutes les conditions de validité requises, puisse être célébré; et la loi serait imprévoyante et injuste, si, dans les cas d'urgence, elle ne permettait pas à l'officier de l'état civil d'aller le célébrer même en dehors de son territoire. Un homme, père d'un enfant naturel, est sur son lit de mort dans l'hospice d'une commune, qui n'est celle ni de son domicile ni du domicile de la mère de son enfant; l'officier de l'état civil de leur commune arrive; il est là, et il ne pourrait pas célébrer le mariage qui doit légitimer la femme et l'enfant! et personne autre que lui pourtant n'a qualité pour le célébrer! Un tel résultat n'est pas admissible (Grenoble, 27 fév. 1817, Blache, Sirey, 1818, II, 102; Bourges, 23 mai 1822, Millereau C. Jourdan, Sirey, 1822, II, 315; Cass., 31 août 1824, Jourdan, Sirey, 1824, I, 360; Liége, 16 mars 1823 et 10 mars 1824, de Marotte, D., *Rec. alph.*, v° *Mar.,* t. X, p. 105,

106; Locré, t. III, p. 401; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 3; Vazeille, t. I, n° 251).

La solution contraire me paraît pourtant plus juridique : l'article 74 est formel : « Le mariage sera célébré « *dans la commune où l'un des deux époux aura son domi-* « *cile.* » Et l'article 165, en ajoutant qu'il sera célébré *devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties,* est aussi l'expression de la même pensée; car il suppose bien certainement que cet officier est à son poste, qu'il est dans sa commune (art. 74), là où se trouvent les registres sur lesquels les actes doivent être dressés *sur-le-champ* (art. 75); qu'il est enfin au lieu *du domicile* de la partie ! La désignation de l'officier public emporte ainsi avec elle la désignation même du lieu de la célébration. — En principe d'ailleurs, et suivant notre droit public, je ne crois pas que l'officier de l'état civil, une fois sorti de sa commune, conserve encore son caractère, et que le maire de Marseille soit encore maire à Paris ! Il ne le serait pas, on en convient, comme administrateur, ni comme officier de police. Il faut aussi qu'on avoue qu'il n'y pourrait pas recevoir un acte de naissance ou de décès même d'un Marseillais, et que par conséquent, sous ce rapport, sa qualité d'officier de l'état civil se serait aussi évanouie. Il ne l'aurait donc conservée uniquement que pour la célébration des mariages ! mais cette exception ainsi restreinte devient de plus en plus difficile à soutenir. J'ai déjà remarqué (t. I, n° 279) qu'aucun texte n'a reproduit, chez nous, la distinction, exacte d'ailleurs à certains égards, entre la juridiction contentieuse et la juridiction volontaire. Et puis est-ce que ce motif n'existerait pas aussi pour les actes de naissance et de décès? Est-ce que le notaire peut recevoir un acte hors de son territoire; et pourtant, lui ! il n'exerce aucune espèce de *juridiction!* — Cela est vrai, dites-vous ; mais la partie peut se servir indifféremment de tous les notaires, tandis qu'elle ne peut se marier que

devant l'officier de l'état civil de son domicile! — J'en conviens; mais n'oublions pas ce que la loi a fait précisément pour répondre à cette objection. Elle vous a permis de vous marier non-seulement au lieu de votre domicile, mais encore au lieu de votre résidence de six mois! elle a créé, tout exprès pour ce cas, un domicile de plus, un domicile de faveur; de telle sorte que, le mariage pouvant être célébré dans le lieu soit du domicile, soit de la résidence de l'*un ou de l'autre* des futurs époux, il en résulte, tout compte fait, qu'il peut y avoir quatre endroits différents dans lesquels la célébration serait valablement faite! Il y aura encore, malgré cela, des situations malheureuses, des hypothèses dans lesquelles on regrettera qu'il n'y ait pas là, sur les lieux, et pour ainsi dire à l'instant même, un officier civil compétent! Mais de ces situations et de ces hypothèses, vous en trouveriez aussi dans votre système! La loi ne statue pas en vue de ces rares exceptions; elle ne saurait surtout y sacrifier les règles de notre droit public (comp. Proudhon, t. I, p. 381; Duranton, II, nos 340-343; Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. IV, § 1, n° 7; Richelot, t. I, p. 249, note 13; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 273).

Tels me paraissent être les véritables principes. Et voyez ce qui arrive à ceux qui s'en éloignent! On en est venu jusqu'à dire que le mariage pourrait être valablement célébré par un officier de l'état civil tout à la fois incompétent *ratione loci* et *ratione personarum*, c'est-à-dire qui marierait, hors de sa commune, deux personnes qui n'auraient ni l'une ni l'autre ni domicile ni résidence dans la commune de cet officier public (D., *Rec. alph.*, v° *Mar.*, t. X, p. 108, n° 12). Se figure-t-on bien le maire de Lyon célébrant à Paris le mariage de deux Parisiens! Aussi cette conséquence a-t-elle été rejetée par quelques-uns des partisans même de l'opinion que je combats (Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, p. 103,

col. 2), parce qu'en effet ce prétendu maire ne serait tout à la fois, et quant au lieu et quant aux personnes, qu'un simple particulier dépourvu de tout caractère public.

Le plus qu'on pourrait faire, lorsque le mariage a été célébré hors de sa commune par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties, ce serait d'appliquer alors l'article 193, qui permet aux juges d'apprécier le degré d'intensité des vices soit de clandestinité, soit d'incompétence, dont le mariage peut être entaché, et de le maintenir, si les contraventions à l'article 165 ne leur paraissent pas suffisantes pour en faire prononcer la nullité; c'est même en ce sens seulement que les arrêts précités ont validé de tels mariages. Mais si vous n'acceptez pas cette espèce de transaction, si vous m'objectez « que l'article 191 se réfère à l'article 165, qui ne règle que la compétence personnelle, et qu'il n'existe dès lors aucune disposition qui prononce, pour incompétence territoriale, la nullité du mariage que l'officier de l'état civil aurait célébré hors du territoire de sa commune » (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 104), si de là enfin vous concluez que ce mariage est *nécessairement* et dans tous les cas valable, je vous répondrai à mon tour par tous les motifs qui précèdent, qu'il serait alors au contraire *nécessairement* nul dans tous les cas!

208. — Le choix du jour de la célébration (bien entendu, après les délais des publications), appartient aux parties (art. 75); celui de l'heure, à l'officier public, ainsi que cela résulte des bienséances et du silence de l'article 75 à l'égard de l'heure.

Toutefois, quoique rien ne paraisse s'opposer à ce que le mariage soit célébré un jour de dimanche ou de fête légale (L. 2, Cod. *de Feriis*), les parties ne pourraient pas contraindre l'officier de l'état civil à célébrer leur mariage pendant ces jours *de repos*, que la loi du 18 germinal an x (art. 57) accorde à tous les fonctionnaires publics.

De même qu'il est désirable que l'officier de l'état civil, de son côté, choisisse l'heure qui concilie la publicité, cette condition essentielle du mariage, avec les convenances personnelles des époux.

Et quoique rien ne s'oppose non plus à ce que la célébration se fasse pendant la nuit (car l'article 1037 du Code de procédure ne me paraît pas ici applicable), il est néanmoins plus régulier et plus prudent d'y procéder pendant le jour (Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. IV, § 1, n°s 8, 9; Coin-Delisle, art. 75, n° 2).

Il faut ajouter pourtant que l'usage de se marier la nuit tend à devenir de plus en plus fréquent, surtout dans certaines classes. Rien ne s'y oppose, disons-nous, quoique le vœu du législateur, qui exige la publicité, ne soit certes pas aussi bien rempli ! (Comp. Paris, 13 août 1851, Vergniol, D., 1852, II, 115; Marcadé, *Revue critique de jurisprudence*, 1852, p. 596.)

209. — Reste à savoir enfin *comment* se fait la célébration.

« ... L'officier de l'état civil, dans la maison commune, « en présence de quatre témoins, parents ou non parents, « fera lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, « et du *chapitre* VI *du titre du Mariage,* sur *les droits et « les devoirs respectifs des époux.* Il recevra de chaque « partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au « nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il « en dressera acte sur-le-champ. » (Art. 75.)

Reconnaissons d'abord les personnages, qui sont en scène :

1° L'officier de l'état civil. — Lequel? (*Supra,* n°s 205 et 207.)

2° Les témoins, au nombre de quatre, parents ou non parents (art. 37), sans qu'il soit nécessaire qu'ils sachent signer (art. 39), comme l'exigeait la déclaration de 1736;

3° Enfin les parties.

210. — Mais faut-il que les parties comparaissent ensemble et en personne ? En d'autres termes, peut-on se marier par procureur ?

Pour l'affirmative, on dit :

La règle générale est qu'on peut agir par soi-même ou par un fondé de pouvoir (art. 1984), à moins qu'un texte de loi ou que du moins le caractère essentiel de l'acte n'exigent la présence de la partie elle-même ; or, d'une part, aucun texte n'exige la présence en personne des futurs époux ; et, d'autre part, il n'est pas de l'essence de la célébration du mariage qu'elle ne puisse pas être faite par procureur, puisque ce mode de célébration était admis en droit romain (L. 5, ff. *de Rit. nupt.*) et dans notre ancien droit français (Pothier, n° 367) ; donc, rien ne s'oppose à ce qu'il soit encore aujourd'hui pratiqué. Prétendrait-on trouver des textes contraires soit dans l'article 36, soit dans l'article 75 ? Le premier suppose que les parties peuvent être obligées de comparaître en personne dans certains actes de l'état civil ; or, dira-t-on, depuis l'abolition du divorce (art. 294 ; loi du 8 mai 1816), le mariage est le seul cas possible d'application de l'article 36 : donc, cet article serait aujourd'hui tout à fait inutile, s'il ne s'appliquait pas à la célébration du mariage. — Sans doute, il est inutile aujourd'hui ! mais il ne l'était pas à l'époque de la promulgation du Code Napoléon ; ce n'est pas le seul article apparemment que l'abolition du divorce ait rendu sans effet (art. 229 et suiv.). — De l'article 75, qui exige certaines lectures faites par l'officier public, on conclut que la loi présuppose la présence des parties auxquelles seules ces lectures sont évidemment destinées. Mais *cet argument paraît bien faible* (Valette sur Proudhon, t. I, p. 206, note *a*) ; car cette lecture n'est assurément pas une formalité essentielle de la célébration ; et si l'article, qui en fait une des *circonstances* de cette célébration, suppose ainsi la pré-

sence des parties, c'est parce que tel est en effet le cas le plus fréquent, et par conséquent celui qu'il a dû avoir en vue, sans pourtant vouloir exclure l'hypothèse contraire. Cette lecture même d'ailleurs, en tant qu'il s'agira des pièces constatant la capacité des futurs époux, sera peut-être plus utile en présence d'un mandataire, qui n'en sera distrait par aucune des émotions qui agitent à cet instant les parties elles-mêmes. — Mais enfin la publicité de la célébration, la présence de l'officier de l'état civil sont autant de garanties de la liberté du consentement que les futurs époux doivent avoir et conserver jusqu'au moment suprême où leur union sera prononcée au nom de la loi; or, cette garantie essentielle est perdue, si les futurs époux ne sont pas là tous deux en personne! — Elle ne sera pas perdue; car on déclarait déjà autrefois (Pothier, *loc. sup.*), et il serait encore certain aujourd'hui, malgré les articles 2008, 2009, que le futur époux conserve la faculté de révoquer sa procuration jusqu'à ce dernier moment, et que le mariage célébré depuis cette révocation, même de bonne foi, et quoique le mandataire l'ignorât, ne serait pas valable. Et puisqu'on parle d'inconvénients, est-ce donc que l'on pense que la nécessité de la présence personnelle des parties n'en offrirait pas elle-même, et de très-sérieux? Est-ce qu'il ne serait pas bien regrettable de rendre absolument impossible le mariage entre deux personnes, que des nécessités impérieuses sépareraient l'une de l'autre par de grandes distances, surtout s'il y avait urgence et s'il s'agissait de légitimer des enfants naturels avant la mort prochaine de leur père ou de leur mère? Où serait d'ailleurs, si le mariage avait eu lieu par procureur, le texte, en vertu duquel vous en pourriez prononcer la nullité? N'est-ce pas enfin de cette manière que se font encore de nos jours les mariages des princes? (Comp. Toullier, t. I, n° 574; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 4; Coin-

Delisle, art. 36, nos 5-7; Allemand, t. I, nos 365 et suiv.)

Je crois au contraire qu'il est permis de conclure des textes mêmes de la loi et du caractère essentiel du mariage, que la présence des parties elles-mêmes est exigée, en ce sens du moins que l'officier de l'état civil peut et doit refuser de procéder à la célébration en présence d'un fondé de pouvoir.

Des textes : l'article 36 porte : « Dans les cas où les « parties intéressées ne seront pas obligées de compa- « raître en personne.... » *Dans les cas....* il y en avait donc plus d'un! il y en avait donc un autre encore au moins avec celui du divorce (art. 294); or, il est très-vraisemblable que ce cas est celui de la célébration du mariage. Cela me paraît très-vraisemblable : 1° parce que la loi, qui exigeait la présence des parties elles-mêmes pour dissoudre le mariage, a dû aussi, par une raison au moins égale, exiger leur présence pour le former! 2° parce que cette intention résulte en effet de toutes les discussions du conseil d'État, dans lesquelles le premier Consul déclara sans contradiction que « le mariage n'a plus lieu qu'entre personnes présentes » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 466); 3° parce qu'enfin les divers articles de la loi parlent toujours et uniquement des *parties* (art. 74, 75), et ne supposent même pas qu'elles pourront se faire représenter par un fondé de pouvoir, comme ils ont pris soin de le dire dans d'autres cas certes moins douteux et moins importants (art. 933).

Sans doute la lecture de certaines pièces n'est pas prescrite à peine de nullité! (Merlin, *Rép.*, t. XV, v° *Mar.*, sect. IV, § 3, p. 456.)

Mais cette formalité témoigne de l'esprit de la loi; elle annonce que la loi veut en effet que les parties soient présentes; car cette lecture ne signifie plus rien et devient presque ridicule, si elle s'adresse à un mandataire, dont la plus grande attention me touche, je l'avoue, très-peu!

Et voilà pourquoi je maintiens qu'on ne peut pas forcer l'officier de l'état civil à accepter un tel rôle; car tout ceci pourrait devenir très-étrange; et la future épouse pourrait être représentée par un homme, ou le futur époux par une femme (art. 1990). Voyez-vous l'officier de l'état civil célébrant un mariage entre deux hommes, ou entre deux femmes! Je crois donc avoir raison de dire, malgré l'autorité de l'ancien droit, que le caractère essentiel de cet acte exige la présence des parties. La faculté de révocation, que vous laissez au mandant, ne répond pas à l'objection tirée des dangers que présente ce mode de célébration pour la liberté des parties, pour cette liberté que la loi leur assure jusqu'au dernier moment, malgré tout, malgré leurs promesses antérieures (*supra*, n° 28). D'abord cette faculté même est arbitraire; si vous appliquez ici les règles du mandat, il ne me paraît pas possible de se soustraire à l'application des articles 2008 et 2009. Pothier a bien pu autrefois, lorsqu'il n'y avait aucun texte, le décider ainsi. Mais aujourd'hui les articles 2008, 2009 maintiennent sans distinction, au profit des tiers, les actes faits de bonne foi par le mandataire, même depuis la révocation du mandat; est-ce que, par exemple, si j'avais chargé un mandataire d'adopter quelqu'un pour moi et en mon nom, est-ce que l'adoption serait nulle, si elle avait été consommée de bonne foi entre l'adopté et le mandataire, même depuis la révocation, mais dans l'ignorance de cette révocation? Je crois, au contraire, que l'adopté pourrait invoquer la généralité absolue des articles 2008, 2009; or, s'il en est ainsi de l'adoption, pourquoi en serait-il autrement des autres actes de l'état civil, d'une reconnaissance d'enfant ou d'un mariage? donc, si le mariage pouvait avoir lieu par procureur, il pourrait arriver qu'au moment où ce procureur ferait une réponse affirmative à l'officier de l'état civil, la partie elle-même eût déjà révoqué son mandat! donc, cette partie pourrait se trouver mariée contre son

consentement! donc, le mariage par procureur est impossible, puisqu'il entraîne cette conséquence !

Mais même en admettant cette exception, tout arbitraire qu'elle est, aux articles 2008 et 2009, vous n'auriez pas porté remède au mal. Qui sait si la partie absente ne sera pas violentée jusqu'au dernier moment? qui sait si ce fondé de pouvoir n'est pas un des complices de celui qui veut l'épouser contre son gré? qui vous dit enfin que si cette partie était là, en présence de l'officier public, elle ne protesterait pas hautement au lieu de consentir? Je ne nie pas que cette opinion pourra rendre impossible la célébration de certains mariages; mais ce sont là des circonstances rares et exceptionnelles, pour lesquelles il serait dangereux de poser une règle qui pourrait offrir tant de dangers dans son application. Je remarquerai encore ici d'ailleurs (*supra*, n° 207) que la faculté accordée par la loi de célébrer le mariage dans plusieurs endroits différents atténue beaucoup ces dangers. Enfin, de ce que le mariage contracté par procureur pourrait n'être pas déclaré nul, il ne s'ensuit pas qu'il puisse être fait régulièrement ainsi et qu'on ait le droit d'y contraindre l'officier de l'état civil; car il y a, en fait de mariage, bien des conditions dont l'inaccomplissement n'emporte pas nullité (comp. Bastia, 2 avril 1849, Pietrasanta, Dev., 1849, II, 338; Delvincourt, t. I, p. 68, note 1; Duranton, t. I, n° 287; Vazeille, t. I, n° 184; Hutteau d'Origny, tit. VII, chap. IV, § 1, n° 12; Marcadé, t. I, art. 36; Richelot, t. I, n° 175; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 98; Massé et Vergé, t. I, p. 177; Bugnet sur Pothier, *loc. supra;* Devilleneuve, *Observations sur l'arrêt précité ;* Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 285; Demante, t. I, n° 240 *bis*, I).

211. — Les futurs époux sont maintenant en présence devant l'officier de l'état civil et les témoins.

Voici les formalités à remplir :

1° La lecture des pièces ci-dessus mentionnées (*supra*,

n° 192) et du chapitre VI du titre *du Mariage*, sur *les droits et les devoirs respectifs des époux*. Quoique cette lecture ne soit pas prescrite à peine de nullité, l'officier de l'état civil doit toujours la faire scrupuleusement; le désir d'épargner aux parties des choses pénibles à entendre, comme il s'en trouve quelquefois dans les actes de consentement donnés à contre-cœur par les parents, ce désir ne saurait l'autoriser à ne point lire la pièce tout entière; cette lecture même pourrait apprendre à l'une des parties des circonstances qu'elle ignorait, et la porter peut-être à refuser son consentement. En tout cas, elle leur donne à toutes les deux, « et surtout à une jeune fille, dont on aurait forcé les inclinations, le temps de réclamer à la face du public. » (Premier Consul, séance du 14 fruct. an XI).

2° La manifestation de la volonté des futurs époux qui doivent répondre chacun, l'un après l'autre, qu'ils entendent se prendre pour mari et femme; condition essentielle, puisque c'est elle qui constitue le contrat (Cass., 22 avril 1833, Benoît C. Vedeux, D., 1833, I, 188). Le refus de répondre, ou même seulement le silence, empêcherait donc le mariage de se former; à plus forte raison, en serait-il ainsi de la réponse négative : *non!* au lieu de *oui!* que ferait l'un des futurs époux, comme cela est arrivé à Pau, le 19 septembre 1867! (Le *Droit* des 23-24 sept. 1867.)

Cette manifestation doit être, en général, faite de vive voix (loi du 20 sept. 1792, sect. IV, art. 5); mais rien pourtant ne s'opposerait à ce qu'elle résultât d'autres moyens propres à exprimer la volonté (*supra*, n° 24).

3° Le prononcé de l'union des époux par l'officier de l'état civil; formalité substantielle encore, et qui seule imprime à l'engagement mutuel des époux le caractère d'un contrat public et indissoluble (*voy.* l'arrêt précité).

4° Enfin, la rédaction de l'acte de mariage faite *sur-le-champ*, afin de prévenir toute espèce d'oubli; d'où il suit

que l'officier de l'état civil, qui célèbre le mariage hors de la maison commune, doit y faire transporter les registres (Coin-Delisle, art. 75, n° 16).

212. — Cet acte devant former le titre des époux, et en général la preuve légale du mariage (art. 194, 195) doit dès lors énoncer tous les documents qui en établissent la validité. Il importe donc qu'il constate, 1° l'identité des époux; 2° l'accomplissement des différentes conditions de capacité requises par la loi; 3° enfin, l'accomplissement des formes mêmes de la célébration.

Tel est le but des prescriptions de l'article 76 :

« On énoncera dans l'acte de mariage :

« 1° Les prénoms, noms, professions, âge, lieux de « naissances et domiciles des époux;

« 2° S'ils sont majeurs ou mineurs (quoiqu'après « avoir déjà énoncé leur âge, *voyez* le numéro qui pré- « cède);

« 3° Les prénoms, noms, professions et domiciles des « pères et mères;

« 4° Le consentement des pères et mères, aïeux et aïeules, et celui de la famille, dans les cas où ils sont « requis;

« 5° Les actes respectueux, s'il en a été fait;

« 6° Les publications dans les divers domiciles;

« 7° Les oppositions, s'il y en a eu, leur mainlevée « ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition « (art. 69);

« 8° La déclaration des contractants de se prendre « pour époux et le prononcé de leur union par l'officier « public;

« 9° Les prénoms, noms, âge, professions et domi- « ciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont pa- « rents ou alliés des parties, de quel côté et à quel « degré. »

Ce sont là les énonciations les plus ordinaires. Il faudrait, bien entendu, y ajouter encore celles que les cir-

constances particulières exigeraient, telles que les légitimations d'enfant naturel (art. 331), ou les permissions accordées aux militaires, etc.

212 *bis.* — Une nouvelle obligation a été imposée à l'officier de l'état civil par la loi du 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage.

Cette loi est ainsi conçue :

Article 1 : « Il sera ajouté aux articles 75, 76, 1391 et 1394 du Code Napoléon les dispositions suivantes :

Article 75 du Code Napoléon.

(A intercaler entre les deux phrases de l'article actuel).

« Il (l'officier de l'état civil) interpellera les futurs « époux, ainsi que les personnes qui autorisent le ma« riage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a « été fait un contrat de mariage, et dans le cas de l'affir« mative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu « de résidence du notaire qui l'a reçu. »

Article 76 du Code Napoléon.

§ 10 : « La déclaration faite sur l'interpellation pres« crite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il n'a pas « été fait de contrat de mariage, et, autant que possible, « la date du contrat, s'il existe, ainsi que les noms et « lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu, le tout, à « peine, contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée « par l'article 50.

« Dans le cas où la déclaration aurait été omise ou se« rait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche « l'omission ou l'erreur pourra être demandée par le pro« cureur impérial, sans préjudice du droit des parties « intéressées, conformément à l'article 99. »

Nous verrons, dans le titre *du Contrat de mariage*, les dispositions nouvelles que cette loi a ajoutées aussi aux articles 1391 et 1394 du Code Napoléon; qu'il nous suffise de remarquer ici que, en établissant cette condition de la publicité des contrats de mariage, le législateur de

1850 a très-sagement complété, sur ce point, l'œuvre du législateur de 1804 (*voy.* le rapport présenté par M. Valette à l'Assemblée nationale, le 11 juin 1850 (*Moniteur* du 17 juin 1850, et *Revue de droit français et étranger*, t. VII, p. 433 et suiv.).

213. — Les parties ont répondu, l'une après l'autre, qu'elles consentaient à se prendre pour mari et femme.... L'officier public a prononcé, au nom de la loi, leur union.... Mais tout à coup, et avant que l'acte de mariage soit signé, voilà l'officier de l'état civil frappé d'apoplexie; ou bien l'une des parties elles-mêmes meurt subitement; ou enfin elle se sauve et refuse obstinément de signer !

Le mariage a-t-il été célébré ?

Cela revient à savoir si l'acte est exigé comme condition constitutive de l'existence même du mariage, *ad solemnitatem*, ou seulement comme moyen de preuve, *ad probationem*.

Pothier (n° 378) répondait ainsi à cette question : « Le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé, avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage et qu'il n'est requis que pour la preuve. » Rien n'annonce que le Code Napoléon ait voulu changer ce principe, qui forme, d'ailleurs, le droit commun, toutes les fois que la loi n'y a pas positivement dérogé (*voy.* art. 894, 931, 2129, etc.); et tout en reconnaissant que la signature des parties et de l'officier de l'état civil, sur l'acte de mariage, est toujours une condition de la plus haute importance, il ne me paraît pourtant pas possible d'en faire dépendre nécessairement l'existence même du contrat. L'article 39, pas plus qu'aucun autre article relatif aux actes de l'état civil, ne prononce à cet égard de nullité (Grenoble, 5 avril 1824, Juge, Sirey, 1825, II, 150; Cass., 23 août 1826, Ogé C. Mennet, Sirey, 1827, I, 108); concluons donc aussi que le mariage se

forme par le consentement des époux et la prononciation de leur union par l'officier de l'état civil, et que si, par des circonstances extraordinaires comme celles qui nous occupent, l'acte n'avait pas pu être rédigé ou signé, la preuve de la célébration pourrait être faite par les moyens indiqués dans l'article 46, auquel l'article 194 renvoie lui-même et dont l'application paraîtrait ici légitimée par les motifs qui ont donné naissance à cette disposition (Zachariæ, t. I, p. 148). Il y aurait lieu sans doute, dans le cas où le refus de signer viendrait de l'une des parties, d'examiner si le consentement, qu'elle avait d'abord exprimé, était libre. Mais ce serait là une autre question; et s'il était reconnu que ce consentement était libre, ou même si personne n'avait qualité pour soulever cette question, le mariage n'en aurait pas moins été valablement célébré (Montpellier, 4 févr. 1840, Lagarrigue, Dev., 1840, II, 160; tribunal civil de Caen, 10 févr. 1846, Dumesnil, *Gazette des Tribunaux* des 13 et 15 févr. 1846; Duranton, t. II, n° 241, note 2; Coin-Delisle, art. 76, n°s 1-3; Gérardin, *Revue pratique de droit français*, 1866, t. XXI, p. 258).

M. Richelot, qui professe aussi cette doctrine, fait toutefois remarquer (t. I, n° 143, note 15), que si l'une des parties avait refusé de signer, l'acte même signé par l'officier de l'état civil, par l'autre partie et par les témoins, ne ferait pas foi du mariage : la loi autorise bien l'officier de l'état civil à suppléer, par sa déclaration, à la signature des parties qui ne *savent* ou ne *peuvent* signer (art. 39), parce qu'il y avait alors nécessité; mais elle ne leur accorde pas, ni à eux ni aux notaires (loi du 25 ventôse an IX, art. 14) le pouvoir d'attester le consentement d'une partie qui *refuse* sa signature. C'est là un exorbitant privilége, qui ne peut être reconnu que dans les cas où la loi le concède expressément (art. 334 procéd., etc.; Cass., 26 juill. 1832, Lassaux, D., 1832, I, 413).

Ne serait-il pas vrai pourtant de remarquer que la loi confère à l'officier de l'état civil une mission dont elle le charge dans tous les cas, de constater l'accomplissement (art. 75), et que ce procès-verbal de la célébration, qui est l'œuvre personnelle de l'officier public, pourrait, dans tous les cas aussi, faire preuve de l'acte qu'il déclare avoir lui-même accompli? Quoi qu'il en soit, il faut bien reconnaître que ce serait là un acte imparfait et irrégulier; et le mieux, dès lors, est de s'en référer aux principes généraux qui, en matière d'acte de l'état civil, laissent aux tribunaux un pouvoir souverain d'appréciation suivant les circonstances (*voy.* notre tome I, n° 330).

214. — Nous verrons en effet que, pour ce qui est de l'acte de mariage en particulier, les irrégularités, qui pourraient s'y rencontrer, ne l'empêcheraient pas, suivant les cas, de faire preuve de la célébration, et surtout ne compromettraient pas nécessairement la validité du mariage lui-même (art. 196; comp. Douai (cité sans date), Duchemin, Dev., 1851, II, 202; Locré, législat. civ., t. IV, p. 326, 327; Merlin, *Répert.*, v° *Mariage,* sect. v° § 2, n° 6).

SECTION II.

DES MARIAGES CÉLÉBRÉS ; 1° EN PAYS ÉTRANGER, SOIT ENTRE FRANÇAIS SEULEMENT, SOIT ENTRE FRANÇAIS ET ÉTRANGERS ; 2° EN FRANCE, SOIT ENTRE FRANÇAIS ET ÉTRANGERS, SOIT ENTRE ÉTRANGERS SEULEMENT.

§ I.

Des mariages célébrés, en pays étranger, soit entre Français seulement, soit entre Français et étrangers.

215. — Les déclarations des 16 juin et 6 août 1685 défendaient autrefois aux Français de se marier en pays étranger sans la permission du roi (Cod. matrimonial, . I, p. 136-139; Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mariage*, sect. IV, § 2, n° 9).

Le Code Napoléon n'a pas renouvelé cette défense, qui avait même déjà cessé d'exister sous l'empire de la loi du 20 novembre 1792 (Cass., 16 juin 1829, Cotty de Brécourt C. Nollent, Sirey, 1829, I, 261).

Les Français peuvent donc se marier en pays étranger, soit entre eux, soit avec des étrangers, en observant seulement les conditions que nous allons exposer.

N° 1. — *Des mariages, en pays étranger, entre Français.*

216. — L'article 170 est ainsi conçu : « Le mariage « contracté, en pays étranger, entre Français et entre « Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré « dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait « été précédé des publications prescrites par l'article 63 « au titre *des Actes de l'état civil,* et que le Français n'ait « point contrevenu aux dispositions contenues au cha- « pitre précédent. »

Article 171 : « Dans les trois mois après le retour du « Français sur le territoire de l'Empire, l'acte de célébra- « tion du mariage contracté en pays étranger sera trans- « crit sur le registre public des mariages du lieu de son « domicile. »

Ces articles semblent soumettre à quatre conditions la célébration du mariage des Français en pays étranger, et exiger :

1° Que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions du chapitre I ;

2° Que le mariage ait été célébré dans les formes usitées dans le pays ;

3° Qu'il ait été précédé des publications en France ;

4° Que l'acte de mariage ait été transcrit sur les registres de l'état civil dans les trois mois après le retour du Français en France.

Ces conditions, toutefois, ont besoin d'être expliquées ; je vais donc les reprendre une à une

217. — 1° La première n'est que l'application de l'article 3.

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes « régissent les Français, même résidant en pays étran-« ger. » (*Voy.* notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 97.)

Il est très-certain que les empêchements, qui seraient *dirimants* contre le mariage du Français en France, le seront également contre son mariage célébré en pays étranger. Mais faut-il aller plus loin, et dire que certains empêchements, qui ne seraient, en France, que *prohibitifs*, tels que le défaut de publication ou d'actes respectueux, deviendront eux-mêmes *dirimants*, si le mariage a été célébré en pays étranger? nous allons bientôt nous expliquer sur ce point important (*infra*, n° 222).

218. — 2° En ce qui concerne la compétence de l'officier public, les formes extrinsèques et le mode de preuve, le mariage de deux Français en pays étranger peut être célébré :

Soit *dans les formes usitées dans le pays*, ainsi que le dit l'article 170, d'après la règle *locus regit actum* (comp. Cass., 7 févr. 1860, Camroux, D., 1860, I, 126);

Soit aussi *conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls*, ainsi que le dit l'article 48, pour *tout acte de l'état civil*, sans excepter, par conséquent, le mariage (*voy.* notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois en général*, n° 106).

Ajoutons même que les Français militaires, ou autres personnes employées à la suite des armées, peuvent, en outre, se marier devant les majors, intendants, et sous-intendants militaires chargés de remplir les fonctions d'officiers de l'état civil (art. 88, 89, C. Nap.; arrêté du 1er vendémiaire an XII; ordonn. du 29 juill. 1817, tit. III, art. 9). Je dis *en outre*, parce que je pense effectivement que ces articles accordent aux militaires, et aux autres

personnes qui leur sont assimilées, une faculté de plus, sans leur enlever, d'ailleurs, le bénéfice du droit commun (*voy.* notre tome I, n° 315).

219. — Mais faut-il, pour que deux Français puissent se marier en pays étranger, que l'un d'eux, au moins, y ait une résidence de plus de six mois ?

L'article 170 avait d'abord une seconde partie qui exigeait cette condition précisément pour le mariage entre deux Français, sans y soumettre le Français qui épousait un étranger en pays étranger (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 341). Cette disposition avait sans doute pour but d'empêcher deux Français d'aller en pays étranger uniquement pour s'y marier, et pour cacher ainsi la célébration de leur mariage, que la loi, au contraire, veut entourer de publicité ; et on ne peut nier qu'il n'y ait là souvent des abus, surtout en ce qui concerne les habitants voisins des frontières. Mais c'est toujours une situation très-fâcheuse que celle qui, pendant plusieurs mois, rendrait entre deux personnes la célébration du mariage impossible (*supra*, n° 200) ; et la disposition proposée aurait eu cet inconvénient pour les Français qui, même de très-bonne foi, auraient voulu se marier dans un pays étranger où ils n'avaient pas encore six mois de résidence.

Et d'ailleurs, l'article 74 en exigeant que les parties qui ne se marient pas au lieu de leur domicile, aient au moins une résidence de six mois dans la commune où se fera la célébration, cet article veut s'assurer ainsi que les parties seront connues ; or, c'est en France, et non pas en pays étranger, qu'il importe que les futurs époux soient connus ; donc, l'article 74, par son motif essentiel, non moins que par son texte, ne s'applique qu'aux mariages célébrés en France (Marcadé, t. II, art. 170, n° 3).

La seconde partie de l'article 170 a donc été retranchée sur la proposition du premier Consul, qui fit remarquer que les publications de ce mariage devraient avoir

lieu en France (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 352; *voy.* en outre l'article 15 de l'ordonn. du 23 oct. 1833, sur les attributions des consuls relativement aux actes de l'état civil des Français en pays étranger).

Il faut en dire autant des militaires et autres personnes employées à la suite des armées. L'autorité militaire est compétente pour célébrer un mariage dans le pays même où l'armée ne serait arrivée que de la veille. Aucun texte, en effet, n'exige une résidence quelconque (art. 88); et l'avis du conseil d'État du quatrième jour complémentaire an XIII, ne s'applique qu'aux militaires qui se trouvent sur le territoire français (*supra*, n° 202). Ajoutez que cette solution est alors, de plus, très-conforme à la maxime, qui sert de base à tout le chapitre V du titre *des Actes de l'état civil* : « Là où est le drapeau, là est la France! » (Vazeille, t. I, n° 192; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 108; Massé et Vergé, t. I, p. 181, 182.)

220. — 3° Je viens de dire que les Français, qui se marient en pays étranger, avaient été dispensés de la condition d'une résidence de six mois par le motif que les publications de leur mariage auraient lieu en France. Voyons donc maintenant, sur cette condition, où, et dans quels cas elle doit être remplie, et quels sont les effets du défaut de publications.

A. Où? En France très-certainement, quoique l'article 170 ne l'exprime pas en toutes lettres (Delvincourt, t. I, p. 68, note 5; Duranton, t. II, n° 237); mais il renvoie à l'article 63, qui organise le mode de publications en France; mais des publications faites en pays étranger n'atteindraient pas le but qu'il se propose, de faire connaître, en France, le projet de mariage; mais enfin nous n'aurions pas le pouvoir d'en exiger l'accomplissement des officiers publics étrangers! C'est là, si vous le voulez, une exception à la maxime *locus regit actum*, puisque les publications font plutôt partie des formes relatives à la célébration que des conditions de capacité; mais une

exception très-bien justifiée par le motif que cette *forme* tend particulièrement à faire connaître la capacité personnelle des parties et se rattache, dès lors, ainsi aux dispositions qui la régissent. — En France, disons-nous; mais dans quelles communes? Est-ce dans celle du domicile du futur époux (art. 166), ou bien encore dans celle de sa résidence, si elle était distincte (art. 167), et dans celle du domicile de ceux sous la puissance desquels il se trouve relativement au mariage (art. 168)? n'hésitez pas à répondre que les publications doivent être faites partout où elles devraient l'être, si le mariage était célébré en France : l'article 63 ne dit pas dans quels lieux les publications seront faites; c'est l'objet des articles 166-168; le renvoi fait par l'article 170 à l'article 63 nous force donc de recourir à l'article 166, et dès lors inévitablement aussi aux articles 167 et 168; il est d'ailleurs évident qu'on ne saurait, sans inconséquence, donner moins de publicité au mariage célébré en pays étranger qu'au mariage célébré en France.

221. — B. Dans quels cas ces publications sont-elles exigées?

D'une part, les textes sont généraux et semblent exiger, sans aucune distinction, les publications, en France, de tout mariage d'un Français en pays étranger. S'agit-il d'un militaire? voyez l'article 94. S'agit-il d'un individu non militaire? voyez l'article 170. D'autre part, cette formalité, plus ou moins utile sans doute, suivant les circonstances, suivant que le Français habite depuis plus ou moins longtemps en pays étranger, cette formalité, dis-je, paraîtrait toujours de bonne précaution; et je comprendrais, dès lors, très-bien, que la loi l'eût en effet toujours exigée.

Il faut convenir pourtant qu'il résulte de la discussion au conseil d'État (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 350, 351) qu'on aurait eu l'intention de dispenser des publications, en France, le mariage du Français établi depuis longues

années en pays étranger et qui n'a point conservé d'habitation en France; il ne serait tenu, en ce cas, de faire des publications en France, qu'autant qu'il se trouverait, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui; et il suffirait alors que les publications fussent faites au domicile de ceux sous la puissance desquels il se trouverait (art. 168).

Mais est-il donc vrai que le Français n'en devrait pas faire faire, même alors, au lieu de son dernier domicile? (Art. 63.) Les auteurs enseignent généralement l'affirmative et se fondent soit sur la discussion précitée du conseil d'État, soit sur ce motif que les publications ne sont exigées par l'article 170 que pour empêcher les Français d'aller, tout exprès et clandestinement, se marier en pays étranger, et que cette crainte n'existe pas à l'égard des Français qui y sont établis. Toutefois les mêmes auteurs se divisent, lorsqu'il s'agit de préciser dans quels cas le Français sera effectivement dispensé des publications en France : c'est, suivant Toullier (t. I, n° 578), lorsqu'il y aura une résidence de six mois, et je dois dire que l'article 15 de l'ordonnance du 23 octobre 1833 favorise beaucoup cette réponse (*voy.* aussi Merlin, *Répert.*, t. XVI, v° *Bans de mariage*, n° 2). Au contraire, suivant d'autres (Zachariæ, t. III, p. 312, note 11), il faudrait que le Français n'eût plus, en France, d'habitation. Plusieurs enfin (Delvincourt, t. I, p. 68, note 5; Duranton, t. II, n° 237) ne l'en dispensent qu'autant qu'il n'aurait conservé *aucun domicile* en France.

On voit que tout ceci est un peu vague!

Pour mon compte, en présence de la généralité de nos textes (art. 94 et 170), je pense qu'il convient de faire faire les publications en France, lors même qu'il s'agit de Français établis depuis longtemps en pays étranger, sauf à les en dispenser aussi, bien entendu, si l'absence de tout domicile connu en France nous enlevait les moyens d'exécution (comp. Demante, t. I, n° 242 *bis*, II).

222. — C. Nous touchons à un point délicat et difficile et sur lequel la doctrine et la jurisprudence sont, à cette heure encore, livrées à beaucoup d'incertitudes et d'obscurités.

Il s'agit de savoir quelle est la sanction de l'article 170, et si le mariage contracté en pays étranger par un Français devrait être annulé, dans le cas où ce Français aurait contrevenu à l'une ou à l'autre des prescriptions de cet article.

Tout le monde reconnaît d'abord, bien entendu, que si la cause de nullité est telle qu'elle devrait être prononcée contre un mariage même célébré en France, elle devra être également et *a fortiori* prononcée contre le mariage célébré en pays étranger (art. 3). Tels seraient le défaut d'âge (art. 144), l'existence d'un premier mariage (art. 147), le défaut de consentement des ascendants ou de la famille, dans les cas où ils sont requis (art. 148 et suiv.), la parenté et l'alliance aux degrés prohibés (art. 161 et suiv., et 184, 191). Ces différents articles font effectivement partie du chapitre I du titre du mariage, auquel notre article 170 renvoie.

Mais, dans ce même chapitre, se trouvent, en outre, les articles qui exigent les actes respectueux (art. 151 et suiv.). Il est certain que le défaut d'actes respectueux ne serait point une cause de nullité d'un mariage célébré en France (*infra*, n° 270). En sera-t-il autrement, si le mariage est célébré en pays étranger?

Pareillement, le défaut de publication des mariages célébrés en France n'est pas une cause de nullité (*infra*, n° 295). L'art. 170 ne prononce-t-il pas, au contraire, la nullité, dans ce cas, quand le mariage est célébré en pays étranger, de telle sorte que des empêchements, qui ne seraient que *prohibitifs* à l'égard des mariages célébrés en France, deviendraient *dirimants* contre les mariages célébrés en pays étranger?

Trois opinions sont en présence:

223. — La première prononce, dans tous les cas, la nullité du mariage célébré en pays étranger, lorsqu'il n'a pas été précédé de publications en France, ou lorsqu'il a été contrevenu à l'une des dispositions du chapitre I de ce titre; elle invoque le texte même de l'article 170 et les motifs particuliers sur lesquels il serait fondé : que dit l'article 170? « Le mariage contracté en pays « étranger, « entre Français, et entre Français et étran- « gers, *sera valable*, s'il a été célébré dans les formes « usitées dans le pays, *pourvu qu'il* ait été précédé des « publications.... et que le Français n'ait point contre- « venu aux dispositions contenues au chapitre précé- « dent; » donc, il ne sera pas valable, s'il n'a été précédé des publications! donc, il ne sera pas valable, si le Français a contrevenu aux dispositions du chapitre I, et par conséquent s'il n'a pas fait d'acte respectueux (art. 151 et suiv.), dans les cas où il est tenu d'en faire. Et cette plus grande rigueur de la loi s'explique ici très-bien :

Pour les publications, parce qu'elles sont alors non pas, comme pour les mariages célébrés en France, un des éléments de la publicité, mais bien le seul et unique moyen de publicité (art. 191); parce que, d'ailleurs, la peine prononcée par l'article 192 contre l'officier de l'état civil, pour défaut de publications, ne pouvant pas atteindre l'officier public étranger, cette formalité importante se trouverait alors dépourvue de sanction, si elle n'était pas prescrite sous peine de nullité;

Pour les actes respectueux, parce que l'article 157 qui punit aussi d'une amende et d'un emprisonnement l'officier de l'état civil, qui n'en a pas exigé la preuve, ne saurait non plus être applicable à l'officier public étranger, et qu'il fallait, dès lors, pourvoir aussi, par une autre peine au maintien de cette condition. Il le fallait dans l'intérêt du bon ordre des familles, afin qu'on n'eût pas le facile moyen de se jouer des prescriptions de la

loi française et d'empêcher l'exercice du droit d'opposition, en allant se marier en pays étranger.

Notre Code Napoléon n'a-t-il donc pas bien fait d'apporter quelques entraves aux mystérieux pèlerinages de *Gretna Green!* (Duchesne, *du Mariage suivant les législations des États modernes,* chap. xv, p. 479.) — Ne dites pas que le chapitre IV de ce titre, consacré spécialement *aux demandes en nullité*, ne mentionne pas la nullité résultant, contre un mariage célébré en pays étranger, du défaut soit de publications, soit d'actes respectueux. — D'abord, quant aux publications, l'article 191 qui fait partie du chapitre IV, prononce la nullité des mariages pour défaut de publicité; or, le mariage célébré en pays étranger, sans publication en France, manque absolument de publicité; donc, l'article 191 est applicable. Et quant aux actes respectueux, le texte de l'article 170, la nécessité d'une sanction qui n'existerait pas sans cela, suffisent d'autant plus, que l'article 170 est spécial pour les hypothèses, toutes spéciales, en effet, des mariages en pays étranger, dont le chapitre, qui règle l'hypothèse générale des mariages en France, ne s'occupe pas et ne devait pas s'occuper (comp. Paris, 10 déc. 1827, Hoppe C. D....; et 30 mai 1829, Gaubert C. Dieu, D., 1829, II, 214, 215; Cass., 8 mars 1831, Gaubert, D., 1831, I, 111; Cass., 6 mars 1837, P...., C. P..., Dev., 1837, I, 177; Montpellier, 15 janv. 1839, Lleuse C. Creuset, Dev., 1839, II, 246; Delvincourt, t. I, p. 68, note 4; Taulier, t. I, p. 288, 289; Marcadé, t. II, art. 170, n° 2).

224. — La seconde opinion, au contraire, ne prononce, en aucun cas, la nullité du mariage célébré en pays étranger, soit pour défaut de publications, soit pour défaut d'actes respectueux : le texte de l'article 170 ne prononce pas de nullité; il déclare que le mariage sera valable, pourvu que les conditions qu'il indique, aient été accomplies. Mais, en cas d'inaccomplissement de ces conditions, quel sera le sort du mariage? l'article ne le

dit pas; et ce n'est que par un argument *a contrario*, c'est-à-dire par un argument qui n'est pas, à beaucoup près, *toujours concluant* (Merlin, *Répert.*, t. I, vº *Argum. a contrario sensu*) que l'opinion précédente veut en induire la nullité; or, cette induction n'est pas possible : soit parce que l'article 170 dérogeant, du moins en ce qui concerne les publications, à la règle *locus regit actum*, est une disposition exceptionnelle qui doit être entendue d'une manière restrictive; soit parce que l'article 170 ayant uniquement pour but de procurer aux Français la faculté de se marier en pays étranger, a voulu seulement leur en indiquer les moyens, sans se prononcer, d'ailleurs, sur la validité ou la nullité du mariage, et parce qu'effectivement cette question de validité ou de nullité n'appartenait pas au chapitre dont l'article 170 fait partie, chapitre qui ne s'occupe que des *formes relatives à la célébration*. Les articles 64 et 65 ne disent-ils pas que *le mariage ne pourra être célébré* avant l'expiration du délai des publications? c'est là une formule certes aussi énergique que celle de l'article 170; et pourtant il est certain que la peine de nullité n'y est pas attachée (art. 192, 193).

L'article 170, d'ailleurs, en exigeant que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions du chapitre Iᵉ (art. 144-164), ne fait que rappeler le principe consacré par l'article 3, savoir : « que les lois concernant l'état « et la capacité des personnes régissent les Français « même résidant en pays étranger; » mais elles les régissent comme en France, ni plus ni moins! et vous violeriez l'article 3 dont l'article 170 lui-même n'est que le rappel, en modifiant, en aggravant les conditions et les exigences des lois personnelles dans leur application aux Français qui se trouvent en pays étranger. L'article 48 prouve bien qu'il suffit alors que le mariage soit célébré conformément aux lois françaises. Comment se pourrait-il, en effet, que le même mariage qui, célébré en France,

serait valable, fût nul pour avoir été célébré en pays étranger? et pourquoi le défaut, soit de publications, soit d'actes respectueux, qui, de l'aveu de tous, n'est pas une cause de nullité en France, èn deviendrait-il une en pays étranger? — Oh! dit-on, c'est parce qu'il est possible qu'on aille en pays étranger tout exprès pour se dispenser des publications et des actes respectueux, et qu'alors ces conditions manqueraient absolument de sanction! — Il y a là, sans doute, des inconvénients; mais il ne faut pas les exagérer; il ne faut pas surtout, pour s'y soustraire, se jeter dans d'autres inconvénients pires encore. Un Français peut se marier en pays étranger; il le peut, et il faut bien apparemment qu'il le puisse! Eh bien, cette faculté-là, cette faculté nécessaire entraînera toujours, quoi que vous fassiez, quelques abus, et altérera nécessairement l'efficacité de ceux de nos empêchements, qui ne sont que prohibitifs. Même avec des publications en France, même avec des actes respectueux, croyez-vous que la position de ceux qui pourraient former opposition au mariage, ne soit pas alors bien changée, bien empirée? Eh! où la formeraient-ils donc, leur opposition à ce mariage, qui doit être célébré au loin, dans un pays étranger, par un officier public étranger? Et si une femme veuve s'en va aussi en pays étranger, pour se marier avant l'expiration des dix mois depuis la dissolution de son premier mariage, annulerez-vous aussi ce second mariage (art. 228)? mais il ne serait pas nul, s'il eût été célébré en France (*infra*, nº 337); et remarquez que vous n'avez alors aucun secours à tirer de l'art. 170, qui ne renvoie pas à l'article 228! Il y a donc là, encore une fois, certains abus inévitables. Que devait faire une loi sage et prévoyante?... déclarer nuls de tels mariages! les déclarer nuls, alors qu'il ne s'y rencontre, en effet, aucune cause de nullité véritable? le mal eût été bien plus grand, certes! et voilà pourquoi notre Code s'est borné, dans l'article 170, à des dispositions régle-

mentaires, mais non pas irritantes, qui trouvent d'ailleurs une sanction, soit dans l'article 192, qui punit les parties elles-mêmes d'une amende pour défaut de publications, soit dans le soin que mettent les officiers publics de chaque pays, avant de célébrer le mariage d'un étranger, à s'enquérir des conditions exigées par sa loi nationale et personnelle (Paris, 8 juill. 1820, Delnaye C. Mazzoni, Sirey, 1820, II, 307; Colmar, 25 janvier 1823, Ogé C. Mennet, Sirey, 1824, II, 156; Nancy, 30 mai 1826, Poirson C. Nass, Sirey, 1826, II, 251; Cass., 12 février 1833, d'Hérisson, Dev., 1833, I, 195; Merlin, *Répert.*, t. XVI, v° *Bans de mariage*, n° 2; et *Quest. de droit*, t. IX, v° *Public. de mariage*, § 1 et 2; Vazeille, t. I, n° 158; Zachariæ, t. III, p. 312-314).

225. — Chacune de ces opinions se recommande sans doute par des considérations puissantes; mais chacune d'elles aussi a l'inconvénient ordinaire des systèmes absolus, et nous conduit à certaines applications très-regrettables.

On voudrait être de la première opinion, quand elle déclare nuls les mariages que des Français sont allés tout exprès contracter en pays étranger pour se soustraire aux prescriptions de la loi française.

Mais quand cette opinion frappe de la même nullité les mariages contractés de bonne foi par les Français en pays étranger, on se rejette dans la seconde qui pourtant, à son tour, va nous laisser sans ressources contre les fraudes qu'il serait bien utile de prévenir!... Il est certain que, de tout temps, c'est contre ces fraudes uniquement que les lois, en pareil cas, ont voulu se tenir en garde (Pothier, n° 363; Merlin, *Répert.*, t. VIII, v° *Mariage*, sect. IV, § 2, n° 9); et tel est aussi le but de notre article 170. Cette considération même pourrait expliquer pourquoi il a pris soin de rappeler particulièrement les dispositions du chapitre Iᵉʳ du titre du mariage, chapitre dans lequel se trouvent les articles relatifs à la nécessité

soit du consentement des ascendants ou de la famille, soit des actes respectueux.

Personne ne doute, bien entendu, que l'article 228 et les autres articles qui prononcent encore des empêchements de mariage (art. 348, etc.), ne soient applicables également au Français en pays étranger (art. 3), quoique l'article 170 ne les rappelle pas.

Mais pourquoi donc alors rappelle-t-il spécialement le chapitre 1er? ne serait-ce point parce qu'il se serait préoccupé de l'hypothèse la plus digne, en effet, de son attention et de sa surveillance, je veux dire de ces mariages que des enfants de famille, à peine majeurs, iraient contracter en pays étranger, pour éviter les publications, et les actes respectueux, et les oppositions, et toutes ces formalités enfin qui auraient pu faire manquer leur mariage en France? Autant il serait désirable de pouvoir annuler ces sortes d'unions, autant serait fâcheuse, au contraire, la nullité aveuglément prononcée contre tout mariage contracté de bonne foi par des Français établis depuis longtemps peut-être en pays étranger; la nullité, dis-je, prononcée pour une cause qui, d'ailleurs, ne serait pas irritante en France. Et de là est venue la troisième opinion, qui distingue et qui laisse aux magistrats une certaine latitude d'appréciation soit à l'égard des faits qui ont accompagné la célébration du mariage, soit même à l'égard des faits qui l'ont suivie.

Ce système, qui triomphe de plus en plus dans la jurisprudence, pourrait être ainsi résumé :

1° Il appartient aux juges d'apprécier, suivant les circonstances, si le mariage d'un Français, en pays étranger, doit être déclaré valable ou nul pour contravention à l'article 170;

2° Alors même que d'après les faits qui ont accompagné la célébration, le mariage aurait pu être annulé originairement, cette nullité n'est plus proposable, lorsqu'il y a ensuite possession d'état des époux, consentement des ascendants ou de la famille, naissance d'en-

fants, etc. (Comp. Cass., 25 fév. 1839, d'Agnèse-Giro, Dev., 1839, I, 187; Cass., 18 août 1841, Petit C. Desmanèches, Dev., 1841, I, 872; Cass., 14 juin 1845, Cluzet C. Drouart, Dev., 1845, I, 726; Cass., 9 nov. 1846, Auges, Dev., 1847, I, 55; Bordeaux, 14 mars 1850, Charvin; et Caen, 22 mai 1850, Le Bailly, Dev., 1852, II, 561 et 566; Bordeaux, 14 janv. 1852, de Gerès, Dev., 1852, II, 300; Paris, 9 juill. 1853, D., Dev., 1853, II, 401; Cass., 28 mars 1854, D. Dev., 1854, I, 295; ajout. Cass., 8 nov. 1853, de Venancourt, Dev., 1856, I, 17; Pau, 24 mars 1859, B., Dev., 1859, II, 519; Bastia, 7 mai 1859, Castano, Dev., 1860, II, 333; Caen, 13 août 1863, Decaen, *Rec. des arrêts de Caen*, 1864, p. 35; Cass., 19 févr. 1866, Balmette, Dev., 1866, I, 206; Cass., 20 nov. 1866, Léotard, Dev., 1866, I, 442; Fœlix, *des Mariages contractés en pays étranger*, p. 3-15; Duranton, t. II, n° 238; Valette sur Proudhon, t. I, p. 412; et *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 8; Duvergier, 6ᵉ édition de Toullier, t. I, n° 578, note; Zachariæ, Massé et Vergé., t. I, p. 182, 183; Aubry et Rau, t. IV, p. 110, 111; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 288; Demante, t. I, n° 242 *bis*, I.)

Ces deux propositions sont fort raisonnables : elles me paraissent également satisfaire aux légitimes intérêts des époux, des familles et de la société.

Mais sur quel texte reposent-elles? comment justifier, en droit, cette transaction entre les deux systèmes, qui prétendent : l'un, que l'article 170 prononce *toujours* la nullité; l'autre, qu'il ne la prononce *jamais!* comment, surtout, motiver cette fin de non recevoir, qui enlèverait aux parties l'action en nullité, que la loi leur avait d'abord accordée? Il est d'autant plus utile de fonder cette théorie sur une base légale et logique, que peut-être il est permis de dire que la jurisprudence se montre, sur ce point, un peu trop *parlementaire*, et ne s'inquiète pas assez des textes mêmes de la loi !

Or, il me semble qu'on pourrait justifier, de deux manières, cette dernière opinion :

On pourrait dire d'abord que l'article 170 règle spécialement et exclusivement l'hypothèse du mariage des Français en pays étranger, hypothèse à laquelle, dès lors, on ne peut pas appliquer les articles du chapitre IV sur *les demandes en nullité*, chapitre qui ne règle, lui, exclusivement que les mariages célébrés en France. Quelque secours donc qu'on pût tirer de l'article 193, force est bien d'y renoncer, et de reconnaître qu'il n'est pas fait pour ce cas. Cela posé, nous n'avons, en face de nous, que notre article 170 ; or, s'il est vrai que cet article ne prononce pas la nullité des mariages célébrés en pays étranger, pour contravention à ses prescriptions, il n'en prononce pas non plus la validité ! — Mais cela n'est pas nécessaire, direz-vous; le mariage doit être maintenu, dès que le texte ne déclare pas qu'il peut être annulé. — Cet argument serait péremptoire pour les mariages célébrés en France; mais est-il aussi certain pour les mariages célébrés en pays étranger? Le législateur n'a-t-il pas pu, au contraire, après avoir indiqué aux Français les moyens de s'y marier *valablement*, ne pas vouloir décider d'avance et toujours, que le mariage serait valable même sans l'emploi de ces moyens? N'a-t-il pas pu vouloir, dès lors, laisser cette question en suspens, c'est-à-dire l'abandonner à la sagesse et à la prudence des magistrats? Nous savons (*voy.* notre tome I, n° 98) que la théorie des statuts personnels demande précisément, dans ses applications, beaucoup de réserve et doit se garder surtout des conséquences absolues; or, l'article 170 ne témoigne-t-il pas, en effet, cette volonté de la part des auteurs du Code Napoléon? la volonté, en déclarant valable le mariage conforme aux prescriptions de l'article 170, de ne déclarer nécessairement ni nul ni valable le mariage, qui n'y serait pas conforme, et de s'en remettre, sur ce point, à l'appréciation des magistrats? Si cette doctrine était

admise, elle justifierait, du même coup, le pouvoir qui appartiendrait aux tribunaux, soit de décider si telle ou telle infraction à l'article 170, ou même à d'autres articles, est de nature à emporter nullité, soit d'admettre des fins de non-recevoir déduites des faits postérieurs à la célébration.

Mais je dois convenir que cette doctrine, après avoir repoussé le secours de l'article 193, et une fois demeurée seule en présence de l'article 170, a quelque chose d'arbitraire et de très-contestable dans ses déductions. Il nous faut donc chercher ailleurs cette base légale qu'elle ne nous donne pas; et c'est l'article 193, en effet, qui pourra, je crois, nous la fournir.... l'article 193, qui peut-être bien n'a pas été fait pour cette hypothèse, mais qui, après tout, peut y être appliqué, parce qu'il complète, même pour cette hypothèse, la théorie de la loi et nous permet d'atteindre le véritable but qu'elle s'est proposé.

Eh bien donc! maintenant, avec cet article 193, voici mon raisonnement :

Aux termes de cet article, combiné avec les articles 165, 191 et 192, les magistrats ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le défaut de publicité de la célébration du mariage, et pour le déclarer nul ou valable, suivant les cas et les faits; or, l'article 170 veut surtout assurer, en France, la publicité du mariage célébré en pays étranger, et tel est particulièrement le but des publications qu'il exige; donc, les magistrats ont aussi, dans ce cas, ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui leur appartient toutes les fois qu'il s'agit de décider une question de publicité de célébration de mariage; ils examineront donc les faits et seront plus ou moins portés à déclarer nul le mariage, suivant qu'il y aura eu seulement défaut de publications, ou défaut d'actes respectueux, ou que ces deux conditions auront été à la fois méconnues; on devrait tenir compte, d'ailleurs, de toutes les autres circonstances. Quel est ce mariage?

est-il raisonnable ou extravagant? (L. 11, ff. *de Rit. nupt.*); aurait-il eu lieu en France? aurait-on osé le contracter? aurait-on osé lutter publiquement contre l'opposition d'un père, par exemple, qui aurait dénoncé ce honteux mariage? quel âge ont les époux? ont-ils été tout exprès en pays étranger, pour échapper à un empêchement prohibitif, comme, par exemple, celui que prononce l'article 228? C'est dans ce cas et autres semblables, que le défaut de publications deviendra particulièrement très-grave et pourra entacher le mariage du vice de clandestinité. On se montrera, au contraire, beaucoup plus favorable à la validité du mariage, si, malgré le défaut de publications et même d'actes respectueux, il a été pourtant contracté de bonne foi, surtout si le Français demeurait et *a fortiori* était établi en pays étranger. Eh! comment pourrait-on annuler alors son mariage pour défaut de publications, puisqu'on va même jusqu'à dire qu'après six mois de résidence en pays étranger, le Français peut s'y marier sans faire en France de publications? (*Supra*, n° 221.) — Voilà donc notre première proposition logiquement établie sur l'article 193.

Mais les fins de non-recevoir, par lesquelles les magistrats pourront en outre repousser la demande en nullité, sur quel texte peut-on les fonder? La clandestinité du mariage forme une nullité d'ordre public, une nullité absolue; or, d'une part, ces sortes de nullités sont, en général, perpétuelles et irréparables, à moins qu'un texte de loi ne les déclare susceptibles de se couvrir par certains faits; d'autre part, aucun texte n'admet de fin de non-recevoir contre la nullité dont il s'agit; donc, elle n'est pas susceptible d'être couverte; donc, la fin de non-recevoir est inadmissible. — Cet argument arrive à une conclusion, que je n'admets pas; mais enfin il procède bien, il est en règle; et nos fins de non-recevoir seront en échec, tant que nous n'aurons pas répondu. Or, voyons les diverses réponses qu'on a faites :

1° On a fondé la fin de non-recevoir sur la possession d'état d'époux légitimes, qui a suivi le mariage, sur l'article 196 (Cass., 25 févr. 1839, d'Agnèse-Giro, Dev., 1839, I, 187).—Acceptons ce moyen; mais remarquons qu'il ne pourra servir qu'à l'un des époux contre l'autre, et par conséquent dans le cas seulement où la nullité sera invoquée par l'un d'eux. « Les époux sont *respectivement* non recevables, » dit l'article 196 (*infra*, n° 327). Cette fin de non-recevoir ne nous protégerait donc pas contre une demande en nullité formée par des tiers (Montpellier, 15 janv. 1839, Lleuse C. Cruset, Dev., 1839, II, 246).

2° On a fondé la fin de non-recevoir sur le consentement donné par les ascendants, postérieurement à la célébration, sur l'article 183 (Cass., 14 juin 1845, Cluzet C. Drouort, Dev., 1845, I, 726). Mais d'une part, l'article 183 ne s'applique qu'à la nullité résultant du défaut de consentement des ascendants; nous supposons que ce consentement n'était pas nécessaire et que la cause de nullité procède ici du *défaut de publicité;* or, aucun texte ne déclare que cette nullité sera couverte par l'approbation des ascendants; et d'autre part, en admettant même que les ascendants, qui auraient consenti au mariage, fussent non recevables à en proposer la nullité, cette fin de non-recevoir ne nous garantirait pas encore contre les demandes en nullité formées par d'autres personnes qui y auraient intérêt (art. 184, 187, 191).

Tout cela prouve qu'il nous faut chercher, pour nos fins de non-recevoir, qui seront presque toujours, en pareil cas, si dignes de faveur, qu'il nous faut, dis-je, chercher aussi un moyen plus solide et surtout plus général. Eh bien! ce moyen, c'est encore l'article 193 qui nous le fournira. Les magistrats, en effet, appelés à statuer sur le sort d'un mariage célébré en pays étranger et confirmé ensuite par la possession d'état des époux, par le consentement des parents, par la naissance d'enfants, etc.,

les magistrats useront, même pour ce cas, du pouvoir discrétionnaire que cet article leur confère. Appréciateurs souverains de la situation tout entière, des faits nouveaux comme des faits anciens, ils ne les diviseront pas; et ils déclareront finalement, non pas, si vous voulez, que le vice de clandestinité a été purgé, mais que ce vice n'existait pas. Et rien ne sera plus logique, à la fois, et plus légitime! N'est-il pas vrai qu'un fait peut changer de gravité et de caractère, par suite d'autres faits postérieurs qui viennent ensuite s'y ajouter?

226. — Enfin, l'article 171 dispose que, « dans les « trois mois après le retour du Français sur le territoire « de l'Empire, l'acte de célébration du mariage contracté « en pays étranger, sera transcrit sur le registre public « des mariages du lieu de son domicile. »

Nous savons, en effet (*voy.* notre tome I, n°s 273 et 307-2°), que c'est sur le registre des actes de l'état civil du domicile de chaque personne, que doivent être inscrits les actes qui concernent son état civil; et cette mesure générale était ici d'autant plus utile, qu'elle a, en outre, pour but de faire connaître en France le mariage célébré en pays étranger.

Dans quels cas cette formalité est-elle imposée au Français?

Dans quel délai doit-elle être remplie?

Quels sont les effets du défaut de transcription?

Tels sont les points que nous avons ici à résoudre.

227. — A. Dans quels cas? est-ce seulement lorsque le Français s'est marié devant un officier public étranger et dans les formes usitées dans le pays? ou même aussi lorsqu'il s'est marié soit devant les agents diplomatiques ou les consuls français (art. 48), soit, si c'est un militaire, devant les officiers de son corps (art. 88 94)? On peut très-bien soutenir que l'article 171 n'est applicable qu'à la première hypothèse : 1° parce qu'il fait suite et se lie à l'article 170, qui ne prévoit que cette hypothèse;

2° parce qu'en effet, la loi française n'ayant pas le droit d'imposer des obligations à l'officier public étranger, on ne pouvait alors confier qu'au Français lui-même le soin de faire transcrire en France l'acte de mariage, tandis que la loi française a pu, comme elle l'a fait dans les deux autres cas, imposer ce devoir soit à l'officier de l'armée (art. 95-98), soit à l'agent diplomatique français (circulaire du ministre des affaires étrangères du 8 août 1814, rapportée par M. Hutteau d'Origny, chap. v, tit. III ; *voy.* aussi l'ordonnance du 23 octobre 1833). — Je n'hésiterais pas à adopter ce sentiment, si la disposition de l'article 171 devait être appliquée avec la rigueur extrême que plusieurs jurisconsultes y attachent (*infra*, n° 229). Ce serait là du moins, dans certains cas, un moyen d'atténuation que j'accepterais volontiers. Mais comme je pense que l'article 171 ne renferme pas les dures sanctions qu'on lui prête, je conseillerais moi-même à tout Français marié en pays étranger, même devant des officiers ou des agents français, de faire faire la transcription de son mariage en France, si elle n'avait pas été faite par les soins de l'autorité. (Comp. Tribun. civ. de la Seine, 11 déc. 1868, Mudge, le *Droit* du 23 déc. 1868.)

228. — B. Dans quel délai cette transcription doit-elle avoir lieu?

Notre article répond : dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de l'Empire.

Mais ce délai est-il fatal, de telle sorte qu'après l'expiration des trois mois, la transcription soit désormais impossible? ni le texte ni la raison n'autoriseraient à le prétendre : ni le texte, qui, bien différent de l'article 359 et d'autres encore, ne prononce aucune déchéance ; ni la raison, qui ne permettrait pas en effet de subordonner à l'accomplissement d'une formalité, très-utile sans doute, mais non pas essentielle, la validité même du mariage, l'état des époux et des enfants. La transcription peut donc être faite à toute époque, et même après la dissolution du

mariage par la mort de l'un des époux (Rouen, 11 juill. 1827, Saint-Donnat C. Nollent, Sirey, 1828, II, 206; Cass., 16 juin 1829, Cotty de Brécourt C. Nollent, Sirey, 1829, I, 261; Cass., 12 févr. 1833, d'Hérisson, Dev., 1833, I, 195; Merlin, *Quest. de droit*, t. VIII, v° *Mar.*, § 14; Toullier, t. I, n° 579; Duranton, t. II, n° 240; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 113; Massé et Vergé, t. I, p. 182; Demante, t. I, n° 243 *bis*, II).

Seulement, la transcription de l'acte de mariage ne devrait être régulièrement reçue après l'expiration du délai de trois mois, qu'avec l'autorisation de justice (lettre du grand juge, du 5 germinal an XII, rapportée par Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mar.*, sect. III, § 1, n° 3, p. 52; *voy.* aussi notre tome I, n° 292).

229. — C. Quel est l'effet du défaut de transcription de l'acte de mariage dans le délai fixé par l'article 171 ?

Je crois qu'on s'est montré, en général, beaucoup trop sévère sur ce point.

Delvincourt, par exemple, enseigne que « dans ce cas, le mariage, n'étant pas légalement connu en France, n'aurait aucun effet civil à l'égard des Français ou des biens situés en France; qu'en conséquence les enfants de ce mariage n'hériteraient pas desdits biens au préjudice des autres parents français ; qu'il ne pourrait servir de motif pour faire annuler un second mariage contracté en France avant sa dissolution, etc..., qu'il n'a d'effet enfin que du jour de la transcription, et ne peut préjudicier aux actes faits ni aux droits ouverts auparavant. » (T. I, p. 68, note 6.)

C'est aller trop loin, dit une seconde opinion; et il faut distinguer « entre les effets civils, que le mariage ne produit qu'à raison de la publicité, dont la loi le suppose entouré, et les effets civils, qui sont moins le résultat de la publicité du mariage que du mariage lui-même. » (Zachariæ, t. III, p. 315, 316.)

Quant aux premiers, le mariage, non transcrit dans le

délai légal, ne les produira que pour l'avenir et à compter seulement de la transcription :

Ainsi la femme n'aura d'hypothèque légale qu'à partir de cette transcription (Montpellier, 15 janv. 1823, Freneau C. Coulon, Sirey, 1823, II, 301; Cass., 6 janv. 1824, D., *Rec. alph.*, t. IX, v° *Hyp.*, p. 133, n° 3; Montpellier, 3 juin 1830, Catuffe, D., 1831, II, 151).

Ainsi le défaut d'autorisation maritale ne pourra pas être proposé contre les engagements contractés par la femme avant la transcription (Duranton, t. II, n° 240; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 580, note 6); s'il en était autrement, les tiers seraient exposés à des erreurs, à des surprises très-dommageables; et l'article 171 manquerait absolument de sanction.

Mais quant aux autres effets du mariage lui-même, qui sont indépendants de la publicité, ils ne doivent pas non plus dépendre de la formalité de la transcription. Les enfants nés du mariage pourront donc toujours réclamer, après la transcription une fois faite, les successions ouvertes même antérieurement, sauf à considérer comme possesseurs de bonne foi les autres parents qui en auraient joui jusque-là, et à leur laisser en conséquence les fruits (art. 138, 549; Toullier, t. I, n° 580; Duranton, *loc. cit.*).

Je n'admettrais pas même cette distinction; et mon avis est que le mariage doit produire, en France, tous ses effets civils, lors même que la transcription n'a pas été faite dans le délai fixé par l'article 171, sauf aux tiers à prouver alors que, en fait, le défaut de transcription leur aurait causé un préjudice; auquel cas, il appartiendra aux tribunaux d'apprécier la mesure de la réparation et des dommages-intérêts qui pourront être dus (art. 1382, 1383) : ni le texte ni les motifs de la loi ne me paraissent autoriser une déchéance nécessaire qu'il faudrait toujours et indistinctement prononcer. Voyez l'article 171; a-t-il un mot, un seul, sur lequel vous puissiez l'établir? La loi

s'exprime tout autrement, quand elle veut infliger aux parties une peine sévère pour l'inobservation d'une formalité qu'elle prescrit (comp. art. 1071).

Mais notre article, ainsi entendu, n'aura plus de sanction, ne sera plus qu'*une lettre morte!*

Je réponds que l'article 171 renferme une mesure d'ordre, une mesure réglementaire, semblable à beaucoup d'autres que nous connaissons déjà; mesure utile et intéressante assurément, mais qui ne méritait pas pourtant qu'on lui prêtât les sanctions inexorables, que vous demandez pour elle. L'intérêt du Français lui-même le conviera presque toujours à la remplir; et s'il arrive qu'il ne le fasse pas, et que des tiers en soient injustement lésés, eh bien! l'article 1382 permettra de leur venir en aide; c'est là une sanction suffisante, qui atteint le but sans le dépasser. Vous le dépassez au contraire, et de beaucoup! quand vous destituez le mariage de ses effets civils les plus importants : et de l'hypothèque légale, et de la nécessité de l'autorisation maritale! quand vous en destituez, dis-je, toujours et quand même! le mariage peut-être le plus notoire, le mariage qui était connu de celui-là même qui le nie aujourd'hui! Mais remarquez donc la contradiction et même l'inconséquence où ce système nous conduirait! Dans quel délai l'article 171 exige-t-il que l'acte de célébration soit transcrit en France? est-ce dans les trois mois qui suivent le jour de cette célébration en pays étranger? Non vraiment! c'est dans les trois mois *après le retour du Français sur le territoire de l'Empire;* si donc le Français, qui s'est marié en pays étranger, continue à y demeurer, le délai ne court pas; et notez que cela peut durer ainsi pendant des années entières! Direz-vous alors que la femme n'aura pas d'hypothèque légale en France, et qu'elle ne pourra pas opposer le défaut d'autorisation pour les engagements par elle contractés? je ne puis pas le croire; car cela reviendrait à dire que le mariage contracté, en pays étranger,

par des Français, n'est pas reconnu en France. La femme, dans ce cas, aura donc hypothèque légale; la femme pourra donc invoquer le défaut d'autorisation ; et pourtant l'acte de mariage n'a pas été transcrit sur les registres de France! et pourtant les époux ne sont pas revenus en France, et leur mariage dès lors y sera certainement beaucoup moins connu! Mais en vérité, comment serait-il possible, après cela, que lorsque les époux seront en France, lorsqu'ils y auront la possession d'état, lorsque leur mariage sera notoire, comment serait-il possible que le mariage ne produisît pas alors les effets qu'il aurait continué à produire, si les époux fussent restés en pays étranger! Je sais bien qu'une fois de retour, ils ont le moyen de faire faire cette transcription, qui leur est non pas impossible, certes, du moins plus difficile, tant qu'ils sont en pays étranger. Mais convenez aussi que ce motif de différence est bien trop faible pour justifier les différences énormes que votre système établirait entre les deux situations que je viens de comparer. Convenez que la loi, qui permet au Français marié en pays étranger de ne pas faire transcrire son mariage en France, tant qu'il reste en pays étranger, que cette loi n'aurait pas pu, sans inconséquence, attacher des peines si dures et si inflexibles à l'obligation qu'elle lui en impose, lorsqu'il rentre en France! car si elle l'en a dispensé pendant si longtemps, et dans une situation où cette mesure eût été plus utile, c'est donc, après tout, que cette mesure elle-même ne lui a point paru d'une importance capitale!

Je conclus donc :

1° Que, malgré le défaut de transcription, ce mariage fait certainement obstacle à un mariage postérieur (art. 147); et c'est là d'ailleurs une conséquence presque unanimement reconnue, si on excepte Delvincourt (Cass., 8 nov. 1824, le procureur général de Colmar C. Jung et Lux, Sirey, 1824, I, 428, Vazeille, t. I, n° 190);

2° Que la femme a, dans tous les cas, son hypothèque

légale; et il y a même ici un motif de plus, un motif spécial; c'est que si cette hypothèque dépendait de la transcription de l'acte du mariage, le mari s'y opposerait le plus souvent; et ce serait remettre de la sorte à sa discrétion une garantie dirigée précisément contre lui! Voilà bien pourquoi la loi dispense cette hypothèque d'inscription (art. 2135; Cass., 23 nov. 1840, Gradis C. Las-Fuentès, Dev., 1840, I, 929; Bordeaux, 14 mars 1850, Charvin, Dev., 1852, II, 561; Lyon, 21 juin 1871, François de Gnidi, Dev., 1872, II, 201; Troplong, *des Hypoth.*, t. II, n° 513 *bis;* Fœlix, *des Mariages célébrés en pays étranger*);

3° Que la femme pourrait opposer le défaut d'autorisation contre les engagements par elle contractés.

Je n'excepterais que le cas où le mariage célébré en pays étranger et non transcrit en France, aurait été tenu secret par les époux. Dans ce cas, les tribunaux auraient à apprécier les circonstances, et pourraient, eu égard à la bonne foi des tiers et à la conduite plus ou moins frauduleuse des époux eux-mêmes, déclarer qu'à l'égard des tiers, ce mariage était réputé ne point exister. (Comp. Cass., 30 août 1808, Sainson-Taxis, Sirey, 1809, I, 43; Agen, 8 nov. 1832, Villescazes, C. Ducros, Dev. 1832, II, 563; une excellente Dissertation de Mourlon, dans la *Revue du droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 885 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 183; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 290; Demante, t. I, 243 *bis*, I; Valette, *Explicat. somm. du liv. I, du Code Napoléon*, p. 99.)

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord combattu cette doctrine, viennent aussi de l'adopter, dans leur nouvelle édition (sur Zachariæ, t. IV, p. 113, 114).

N° 2. — *Des mariages célébrés, en pays étranger, entre Français et étrangers.*

230. — Il faut appliquer à cette hypothèse presque tous les principes que nous venons de présenter (*supra*, n° 1), en ce qui concerne le Français, sa capacité personnelle et la nécessité des publications en France (art. 170; comp. Cass., 19 fév. 1866, Balmette, Dev. 1866, I, 206).

Quant à l'étranger, sa capacité doit être appréciée d'après les lois de son pays; cette proposition, que je crois vraie même lorsqu'il se marie en France, l'est surtout quand son mariage est célébré en pays étranger; et elle vient de recevoir une éclatante confirmation par un arrêt de la Cour suprême, qui, en cassant un arrêt de la Cour de Paris du 4 juillet 1859, décide que l'étranger, légalement divorcé dans son pays, peut contracter un autre mariage en France, même avec une personne française, du vivant de son premier conjoint; doctrine que, pour notre part, nous avons toujours considérée comme la seule vraie. (Comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois en général*, etc., n^os [illegible]9-101; Cass., 28 févr. 1860, Bulkley, Dev., 1860, I, 210, et sur le renvoi devant la Cour d'Orléans, arrêt conforme 19 avril 1860, Dev., 1860, II, 196; ajout. le réquisitoire de M. le proc. génér. Dupin; le rapport de M. le conseiller Sevin, Dev., *hoc. loc.*; les *observations* de M. Labbé, dans le *Journal du Palais*, 1860, p. 15; et de M. Hérisson, *Revue pratique de droit français*, 1860, t. XX, p. 466 et suiv.)

La différence importante à remarquer entre l'hypothèse qui nous occupe maintenant (n° 2) et celle qui précède (n° 1), concerne la compétence des officiers publics pour la célébration du mariage; tandis que deux Français, en pays étranger, peuvent se marier ensemble, soit

devant les officiers publics étrangers, soit devant les agents diplomatiques français (*supra*, n° 218), un Français et un étranger ne peuvent au contraire se marier que devant l'officier public étranger (art. 47 ; comp. Aix, 20 mars 1862, Coccifi, Dev., 1862, II, 387 ; Paris, 20 janv. 1873, Dussauce, Dev., 1873, II, 177).

§ II.

Des mariages célébrés, en France, soit entre Français et étrangers, soit entre étrangers seulement.

N° 1. — *Des mariages célébrés, en France, entre Français et étrangers.*

231. — Nous n'avons ici aucun texte spécial ; c'est donc par les textes et par les principes généraux que ces mariages doivent être régis.

Quant aux formes extrinsèques et au mode de preuve, les lois françaises seront applicables d'après la maxime : *Locus regit actua* (comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général*, etc., n° 312; Paris, 6 avril 1869, le maire du VIII[e] arrond. de Paris, Dev., 1870, II, 178 ; Tribunal civil de la Seine, 2 févr. 1872, Morgan, Dev., 1872, II, 248).

Les publications faisant partie de ces formes (art. 166-168), il est logique et convenable d'y soumettre l'étranger lui-même et d'exiger que le mariage soit publié dans son pays. La circulaire du ministre de la justice, du 4 mars 1831, recommande en effet cette mesure à l'égard des étrangers majeurs, du moins lorsqu'ils n'ont pas en France *une résidence de plus de six mois*. C'est donc avec raison que M. Hutteau d'Origny (tit. VII, chap. V, n° 7) désapprouve une lettre du 25 juillet 1818, par laquelle le procureur de la république du tribunal de la Seine aurait écrit à l'un des maires de Paris que les

publications ne devaient pas être exigées dans ce cas (Fœlix, *des Mariages contractés en pays étranger*, p. 24, nº 15).

232. — En ce qui concerne la capacité des futurs époux, elle doit être appréciée, en France, comme elle le serait en pays étranger, c'est-à-dire, en quelque sorte distributivement, suivant la loi personnelle et nationale de chacun d'eux (*supra*, nº 230).

232 *bis.* — Le Tribunal civil de la Seine a jugé qu'une femme étrangère, divorcée, peut se marier avec un Français, avant l'expiration des dix mois, depuis la dissolution de son mariage par le divorce, lorsque son statut personnel l'y autorise. (4 nov. 1872, Mayer, le *Droit* du 6 janv. 1872.)

Aux termes de la législation allemande, en vigueur à Francfort-sur-Mein, la femme divorcée peut contracter de suite un nouveau mariage, sans attendre le délai de six mois imposé par le Code allemand aux veuves qui veulent contracter un second mariage : il n'en est autrement que dans le cas où le jugement, qui a prononcé le divorce, lui en fait la défense expresse. — C'est ce qui résulte d'une attestation délivrée, le 22 décembre 1871, par le ministre de l'Empereur d'Allemagne à Paris.

Que la femme étrangère puisse contracter un nouveau mariage, dans ces conditions, avec un étranger, même en France, nous le croyons aussi.

Mais est-il également vrai qu'elle puisse contracter ce mariage avec un Français?

Cette incapacité, que l'article 228 de notre Code présente contre la femme qui veut se remarier avant l'expiration de dix mois depuis la dissolution de son mariage, ne rejaillit-elle pas sur le futur epoux lui-même?

La femme étrangère ne pourrait certainement pas, suivant nous, épouser son frère Français, lors même que son statut personnel autoriserait le mariage entre le frère et la sœur; et, pour empêcher un tel mariage, ce n'est

pas à la sœur étrangère, c'est au frère Français que nous opposerions l'empêchement que prononce l'article 162 de notre Code.

Eh bien! de même, n'est-on pas fondé à dire que les considérations si graves, sur lesquelles l'article 228 est fondé, ne concernent pas seulement la femme veuve ou divorcée, qui se remarie; qu'elles concernent aussi le futur époux lui-même; et que l'incapacité, qui en résulte, n'est pas dès lors seulement, en quelque sorte, *unilatérale*, mais qu'elle atteint également l'un et l'autre futur époux, puisqu'elle a en vue les conséquences futures du mariage, qui sont, bien entendu, communes à l'un et à l'autre. (Comp. *supra*, n° 122.)

Cette solution nous paraîtrait plus juridique, en même temps que plus morale et plus prévoyante. (Comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général*, n° 100.)

Voilà ce que nous avions écrit, aussitôt que la doctrine, consacrée par le jugement du Tribunal civil de la Seine, nous avait été connue.

Nous ne pouvons donc qu'applaudir à l'arrêt de la Cour de Paris, qui a infirmé ce jugement. (12 févr. 1872, maire du V[e] arrondissement de Paris, Dev., 1873, II, 112.)

233. — Les publications qui auront lieu en pays étranger, pourront provoquer des révélations, quelquefois même des oppositions régulières, et faire ainsi connaître les empêchements qui s'opposeraient au mariage de l'étranger.

Mais, outre que les publications n'auront pas toujours lieu, soit parce que l'étranger résidera en France depuis plus de six mois, soit par tout autre motif, il faut convenir que cette garantie ne serait point elle-même suffisamment rassurante. Il importe en effet beaucoup au Français, qui se marie avec un étranger, de bien connaître sa capacité, et de savoir par exemple si cet

étranger n'appartient pas à un pays, comme il y en a plusieurs (Bavière, Wurtemberg, Fœlix, *des Mariages contractés en pays étrangers*, n° 10), dont les lois lui défendraient, sous peine de nullité, de se marier en pays étranger sans la permission de son gouvernement.

C'est surtout afin de prémunir les Français contre ce danger, que la circulaire ministérielle précitée, du 4 mars 1831 (*voy.* dans le *Rec.* de D., 1839, III, 155), recommande « d'exiger de tout étranger, non naturalisé, qui voudra désormais se marier en France, la justification par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile dans sa patrie, qu'il est apte, d'après les lois qui la régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser. En cas de contestation, les tribunaux seront appelés à statuer. » Cette circulaire me paraît sage; et je ne saurais m'associer au vœu exprimé par Fœlix, de la voir *tomber en désuétude* (*des Mariages contractés en pays étranger*, n° 12, p. 19). — Elle suscite, dit-on, beaucoup d'entraves au mariage des étrangers en France, au point même quelquefois de les rendre impossibles. Tantôt, c'est l'autorité étrangère à laquelle le futur époux s'adresse, qui répond qu'elle n'a aucune qualité pour délivrer le certificat et l'espèce de consultation qu'on lui demande! et cela se conçoit très-bien; nos officiers de l'état civil, par exemple, ou tout autre fonctionnaire, auraient-ils qualité pour délivrer de semblables attestations aux Français, qui veulent se marier en pays étranger? Tantôt, ce certificat et les autres pièces ne se peuvent obtenir qu'au moyen de frais assez considérables pour que le futur époux soit hors d'état de les payer. Ajoutez enfin la classe, nombreuse encore chez nous, des étrangers réfugiés pour cause politique, qui demanderaient presque toujours en vain aux autorités de leur pays le certificat exigé... Et de là toutes les attaques contre la circulaire! et le soin qu'on prend à cette occasion de redire qu'une circulaire

ministérielle, après tout, n'est pas obligatoire pour les tribunaux!

Eh! non, sans doute! mais la circulaire du 4 mars 1831 a-t-elle jamais eu cette prétention? Bien au contraire; c'est elle-même qui le déclare : « En cas de contestation, les tribunaux seront appelés à statuer. » Quel est donc son seul but? c'est surtout de garantir les Français eux-mêmes contre les dangers de ces sortes de mariages; et il me semble que le moyen par elle indiqué est convenable, en tant que les circonstances permettent d'y recourir; car voilà tout ce qu'elle demande! La circulaire ne crée pas de son propre chef un empêchement *légal* au mariage des étrangers en France; elle indique plutôt même encore qu'elle ne commande, une mesure de prudence en général bonne à prendre.

Que si, en fait, cette mesure rencontre des difficultés, des obstacles, eh bien! les tribunaux apprécieront; ils feront, s'il y a lieu, ce qu'a fait le tribunal de Rouen (26 janv. 1842, Schneider et Hirsch C. le maire de Rouen, D., 1842, III, 155), ils dispenseront l'étranger de la production du certificat. Ou bien, à l'exemple du tribunal de Caen (1re ch., 29 avril 1845, Becker C. le maire de Caen), tout en déclarant et avec une grande raison, que la circulaire du 4 mars 1831 n'a pas pu créer un empêchement légal de mariage, ils n'en exigeront pas moins de l'étranger la preuve qu'il est capable de se marier d'après les lois de son pays, s'il s'élève effectivement des doutes légitimes à cet égard.

Fœlix désapprouve encore une lettre du 7 juillet 1835, par laquelle M. le procureur près le tribunal de la Seine écrivait à un maire du département en ces termes : « S'il y avait impossibilité d'obtenir le certificat d'aptitude prescrit par les instructions, parce que l'autorité du lieu de la naissance ou du dernier domicile du futur époux en pays étranger, refuserait de délivrer une

attestation de cette nature, on pourrait y suppléer par un acte de notoriété sous la forme indiquée dans l'article 70 du Code Napoléon. Cet acte devrait être soumis à l'homologation prévue par l'article 72, s'il contenait en même temps l'attestation de l'impossibilité où le futur se trouverait de se procurer son acte de naissance. » Je crois en effet aussi que l'acte de notoriété qui a pu paraître suffisant pour constater des faits (art. 71), ne jettera pas souvent beaucoup de lumière sur le point de droit qu'il s'agit alors de découvrir; mais remarquez que cette lettre n'indique ce moyen que comme subsidiaire et pour le cas où il y a impossibilité de se procurer le *certificat d'aptitude;* or, dans ce cas, ce sera du moins un renseignement de plus, un renseignement tel quel, et qui pourrait, suivant les circonstances, suivant la qualité des déclarants, surtout s'ils appartenaient à la même nation que le futur époux étranger, qui pourrait, dis-je, être aussi fort utile. Ne disons donc, sur ce point, rien d'absolu; les magistrats apprécieront! et le Français d'ailleurs qui se propose d'épouser un étranger, fera très-bien de s'éclairer, de consulter, et d'acquérir pour lui-même, avant tout, la preuve qu'il fournira ensuite à l'officier de l'état civil, et s'il y a lieu, aux tribunaux, que l'étranger, son futur époux, est capable de se marier d'après les lois de son pays.

N° 2. — *Des mariages célébrés, en France, entre étrangers seulement.*

234. — Ces mariages sont régis, quant aux formes extérieures et au mode de preuve, par les lois françaises (*supra*, n° 231); et quant aux conditions de capacité, par les lois personnelles du pays des étrangers, à moins que l'application de ces lois ne fût de nature à blesser l'ordre public en France.

C'est par suite de cette exception qu'une ciculaire mi-

nistérielle, du 10 mai 1824 (Sirey, 1829, II, 285), porte que « les étrangers qui se marient en France, sont soumis, comme les sujets du roi, à la nécessité d'obtenir des dispenses dans les cas déterminés par la loi, quand même celle de leur pays ne leur imposerait pas cette obligation.... et qu'il n'y a pas de distinction à faire entre le cas d'un mariage contracté entre deux étrangers et celui d'un mariage contracté entre un étranger et un Français. » (*Voy.* notre t. I, n° 100.)

235. — Mais doit-on appliquer à cette hypothèse la circulaire du 4 mars 1831 (*supra*, n° 233), et décider, en conséquence, que les deux étrangers devront : 1° faire faire, dans leur pays, les publications de leur mariage; 2° fournir le certificat des autorités du lieu de leur naissance ou de leur dernier domicile dans leur patrie, constatant qu'ils sont aptes à se marier ensemble ?

Il faut convenir que la circulaire précitée paraît surtout s'être préoccupée de l'intérêt des Français qui se marient en France avec des étrangers; mais finalement la décision de cette circulaire est générale et s'applique *à tout étranger non naturalisé qui voudra désormais se marier en France.* Le mariage de ces deux étrangers d'ailleurs doit être célébré suivant les formes de la loi française; or les publications font partie de ces formes (art. 167-169).

Et pour ce qui est du certificat tendant à constater la capacité des étrangers, nous avons vu que tous les peuples sont réciproquement engagés par des devoirs internationaux, à maintenir autant que possible les étrangers dans le respect de leurs lois personnelles (*Voy.* notre tome I, n° 99).

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE, OU PLUS GÉNÉRALEMENT DES MARIAGES NULS OU ANNULABLES, ET DES EFFETS DES MARIAGES NULS OU ANNULABLES.

SOMMAIRE.

236. — Ce chapitre forme le complément nécessaire des deux chapitres précédents. — Division.

SECTION I.

DES MARIAGES NULS ET ANNULABLES.

237. — Existe-t-il, dans le Code Napoléon, une théorie générale sur les nullités, qui serait aussi applicable au titre du mariage?
238. — Existe-t-il du moins, en ce qui concerne les nullités de mariage, une théorie spéciale?
239. — Faut-il distinguer entre le mariage nul ou inexistant et le mariage existant, mais annulable?

§ I.

Des mariages nuls.

240. — A. La distinction entre le mariage nul et le mariage annulable est-elle exacte?
241. — B. En quoi consistent les effets de cette distinction?
242. — C. A quels actes s'applique-t-elle?

§ II.

Des mariages annulables.

243. — Les causes d'annulabilité ou de nullité sont relatives ou absolues.
244. — Division.

N° 1. — *Des nullités relatives.*

245. — Les causes de nullité relative sont : A. Les vices du consentement de l'une ou de l'autre des parties contractantes. — B. Le défaut de consentement des personnes sous la puissance desquelles elles se trouvaient relativement au mariage.

A. — *Vices du consentement de l'une ou de l'autre des parties contractantes.*

246. — Dans quels cas cette cause de nullité existe-t-elle? — *Quid*, s'il y a défaut absolu de consentement?
247. — Suite.
248. — De la violence. — Quels doivent être ses caractères?
249. — *Quid*, de l'enlèvement?
250. — La séduction peut-elle être considérée comme un vice qui altère la liberté du consentement?
251. — De l'erreur. — N'y a-t-il que l'erreur sur l'individu physique qui soit une cause de nullité?
252. — Faut-il que l'erreur de l'un soit le résultat du dol de l'autre?
253. — Suite. — L'erreur sur les qualités physiques, morales ou sociales, peut-elle être quelquefois une cause de nullité?
253 *bis*. — Suite.
253 *ter*. — Suite.
253 *quater*. — Suite.
254. — Suite. — L'impuissance de l'un des époux, ignorée de l'autre époux, est-elle une cause de nullité?
255. — Du dol.
256. — De la lésion.
257. — Par qui cette nullité est-elle proposable?
258. — Suite. — Lorsque l'époux est mort dans le délai utile pour intenter sa demande, mais sans l'avoir intentée, ses héritiers peuvent-ils la former?
259. — Suite. — *Quid*, si l'époux est mort pendant l'instance, après avoir lui-même formé sa demande? — Ses héritiers peuvent-ils la continuer?
260. — Cette cause de nullité peut-elle être proposée par l'époux mineur? — Comment devra-t-il alors procéder?
260. — De quelle manière cette nullité peut-elle se couvrir? — De la ratification tacite qui résulte d'une cohabitation continuée pendant six mois.
262. — Si l'époux agit après plus de six mois de cohabitation continuée depuis le mariage, est-ce à lui de prouver que la violence ou l'erreur se sont prolongées encore après la célébration?
263. — Pourrait-on admettre alors d'autres faits de ratification tacite? — *quid*, de la grossesse de la femme? — ou de son accouchement?
264. — La ratification expresse pourrait-elle couvrir cette nullité?
265. — L'autorisation donnée par le mari à sa femme de contracter ou d'ester en jugement, devrait-elle être considérée comme une ratification?
266. — En quelle forme la ratification expresse devrait-elle ici avoir lieu?

267. — L'époux mineur pourrait-il couvrir cette nullité par sa ratification, soit tacite, soit expresse?

268. — La prescription peut-elle éteindre cette action en nullité? — En d'autres termes : 1° La nullité du mariage pourra-t-elle être toujours demandée par voie d'action, même après dix ou trente ans?

269. — 2° Ne peut-elle pas du moins être toujours opposée par voie d'exception?

B. — *Défaut de consentement des personnes, sous la puissance desquelles les parties se trouvaient relativement au mariage.*

270. — Dans quels cas cette cause de nullité existe-t-elle? — Renvoi.

271. — Par qui cette action en nullité peut-elle être intentée?

272. — Lorsqu'un enfant mineur, ayant ses père et mère, s'est marié sans leur consentement, l'action en nullité appartient-elle à la mère aussi bien qu'au père?

273.—Au moment du mariage, le père étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'enfant s'est marié sans le consentement de sa mère; à qui appartiendra l'action en nullité, si le père recouvre l'exercice de ses facultés? — Même question, si la mère étant prédécédée, l'enfant s'est marié sans le consentement de son aïeul ou du conseil de famille? — Dans ce cas, si le père n'avait pas l'action en nullité, pourrait-il néanmoins l'éteindre par une ratification?

274. — Comment l'action en nullité peut-elle être exercée par les aïeuls et aïeules?

275. — La ratification d'une ligne, donnée seulement après la demande en nullité déjà formée par l'autre ligne, doit-elle arrêter cette demande? — Même question, dans le cas où l'époux lui-même, ayant intenté l'action en nullité, la personne dont le consentement était nécessaire, intervient et déclare approuver le mariage?

276. — Dans quel cas et comment cette action en nullité peut-elle être intentée par le conseil de famille?

277. — Les père et mère de l'enfant naturel reconnu peuvent-ils exercer cette action en nullité?

278. — Le mariage contracté par un enfant naturel mineur de vingt et un ans, sans le consentement du tuteur *ad hoc*, qui doit lui être nommé dans le cas de l'article 159, peut-il être attaqué? — Et par quelles personnes?

279. — Cette action en nullité est-elle personnelle à ceux auxquels l loi l'attribue?

280. — Cette action est-elle tellement personnelle, qu'après la mort de l'ascendant, dont le consentement était nécessaire, elle ne puisse plus être exercée absolument par aucun autre?

281. — Dans quels cas ceux dont le consentement était nécessaire, sont-ils non recevables à proposer cette nullité?

282. — La mort de l'époux éteindrait-elle l'action en nullité, qui appartient aux ascendants ou au conseil de famille? — *Quid*, de sa majorité?

283. — Suite. — En prolongerait-elle au contraire la durée?

284. — L'époux lui-même peut renoncer à cette action en nullité. — A quel âge?

285. — Suite. — *Quid*, si l'ascendant dont le consentement était nécessaire, vient à mourir avant que le garçon ait atteint sa vingt-cinquième année?
286. — L'époux ne pourrait-il pas alors se garantir de cette action en nullité par une nouvelle célébration de son mariage? — Et plus généralement, lorsque les époux ont un juste sujet de craindre que leur mariage ne soit annulable, peuvent-ils contraindre l'officier de l'état civil à procéder une seconde fois à la célébration de leur mariage?
287. — L'époux lui-même est non recevable à proposer la nullité, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent. — La ratification expresse ne serait-elle pas admise dans ce cas?
288. — Suite. — *Quid*, de la ratification tacite?
289. — Suite. — *Quid*, si l'époux avait employé des manœuvres frauduleuses pour dissimuler à son conjoint la nécessité, où il était, d'obtenir le consentement de ses ascendants ou de la famille?
290. — Effet de la ratification des ascendants ou de la famille.
291. — On enseigne généralement que la ratification de l'époux ne prive pas les ascendants de leur action en nullité. — Que faut-il penser de cette proposition?

N° 2. — *Des nullités absolues.*

292. — Quelles sont les causes de nullité absolue? — Division.

A. — *Dans quels cas les nullités absolues existent-elles?*

293. — Renvoi en ce qui concerne l'impuberté. — La bigamie. — L'inceste.
294. — Dans quels cas la nullité pour cause de défaut de publicité de la célébration est-elle fondée?
295. — Suite. — *Quid*, s'il n'y a pas eu du tout de publications?
296. — *Quid*, du défaut de lecture aux parties des pièces indiquées par l'article 75 et du chapitre VI du titre *du Mariage?*
297. — Il ne faut pas confondre le mariage clandestin avec le mariage secret.
298. — Les magistrats ont-ils, en ce qui concerne la compétence de l'officier de l'état civil, le même pouvoir discrétionnaire qui leur appartient quant à la publicité de la célébration?

B. — *Par qui les nullités absolues peuvent-elles être proposées?*

299. — Les nullités absolues peuvent, en général, être proposées par toutes les personnes qui y ont intérêt. — Quelles sont ces personnes?
300. — 1° Les époux eux-mêmes. — En cas d'impuberté ou de bigamie, la nullité peut-elle être proposée même par l'époux pubère ou bigame?
301. — 2° Les père et mère, et les autres ascendants, peuvent-ils toujours, en cette qualité, proposer les nullités absolues?
302. — Suite. — Quels ascendants ont ainsi, et à ce seul titre, le droit de proposer les nullités absolues?

303. — Suite. — Ce droit appartient-il à tous les ascendants concurremment, ou ne peut-il être exercé par eux que graduellement?
304. — Le conseil de famille pourrait-il, à ce titre, proposer une nullité absolue contre le mariage d'un mineur?
305. — 3° Tous ceux qui y ont un intérêt pécuniaire peuvent proposer les nullités absolues. — Cet intérêt doit être né et actuel. — Mais faut-il nécessairement que ce soit un intérêt de succession?
306. — Les parents collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage, ne peuvent pas, en général, proposer les nullités du vivant des deux époux.
307. — *Quid*, pourtant, si même du vivant des deux époux, ils avaient un intérêt né et actuel à faire annuler le mariage?
308. — 4° L'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut de suite en demander la nullité.
309. — 5° Le procureur de la République peut proposer les nullités absolues. — Dans quels cas?
310. — Suite.
311. — Le procureur de la République est-il alors dans l'obligation rigoureuse et absolue d'intenter l'action en nullité?
312. — Le procureur de la République peut-il agir en validité du mariage, comme il peut agir en nullité?

C. — *Les nullités absolues sont-elles susceptibles de se couvrir?*

313. — Les nullités absolues sont en général perpétuelles et insanables. — Quel serait l'effet de la possession d'état? — de la prescription trentenaire? — de la prescription de l'action publique, en cas de crime de bigamie?
314. — *Quid*, en cas de décès du premier époux, au préjudice duquel le second mariage a été contracté?
315. — Ces principes sont applicables aux nullités résultant du défaut de publicité de la célébration et de l'incompétence de l'officier qui a célébré le mariage.
316. — Il est des nullités absolues, qui peuvent tantôt être couvertes à l'égard de tous, tantôt n'être plus proposables, du moins par certaines personnes.
317. — Ainsi la nullité résultant du défaut d'âge est couverte, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux impubère a atteint l'âge compétent.
318. — *Quid*, si, avant l'expiration des six mois, depuis sa puberté acquise, l'époux a ratifié tacitement ou expressément le mariage?
319. — La nullité résultant du défaut d'âge est encore couverte lorsque la femme, qui n'avait point l'âge, a conçu avant l'échéance de six mois. — *Quid*, si c'était le mari qui n'eût point l'âge? — Quel est le point de départ des six mois dont il est ici question?
320. — Est-il nécessaire que la femme ait conçu avant que l'action en nullité soit formée?
321. — Quel moyen aura-t-on de s'assurer de la grossesse de la femme?
322. — La nullité résultant du défaut d'âge, ne peut pas être proposée

par ceux qui ont consenti au mariage. — *Quid*, à l'égard de ceux qui auraient aussi approuvé le mariage?

323. — A quoi bon alors accorder aux ascendants l'action en nullité pour défaut d'âge?

324. — Cette fin de non-recevoir est-elle opposable à celui des deux époux qui était pubère? — Renvoi.

325. — Cette fin de non-recevoir ne s'applique d'ailleurs qu'à la nullité résultant du défaut d'âge.

326. — L'article 196 crée encore une fin de non-recevoir en cas de nullité absolue.

327. — A quelles personnes s'applique-t-elle?

328. — A quelles causes de nullité?

329. — Sous quelles conditions?

330. — La nullité résultant de la bigamie n'admet ni confirmation, ni prescription, ni fin de non-recevoir; mais on peut, bien entendu, toujours soutenir que la nullité elle-même n'existe pas. — C'est là une question préjudicielle, qui peut être soulevée par quiconque y a intérêt.

331. — Faut-il, en ce qui concerne la bigamie, faire une distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives au premier mariage?

332. — Suite.

333. — Le défaut d'intérêt empêche d'ailleurs de proposer les nullités même les plus absolues.

334. — Les nullités résultant du défaut d'âge, de la parenté ou de l'alliance, pourraient-elles être couvertes par des dispenses accordées depuis la célébration du mariage?

N° 3.—*Y a-t-il encore d'autres nullités, soit relatives, soit absolues, que celles dont il est question dans le chapitre* IV *de notre titre?*

335. — Il n'y a, en général, d'autres nullités de mariage, soit relatives, soit absolues, que celles qui sont admises par un texte. — Sont en conséquence simplement prohibitifs les empêchements suivants :

336. — 1° L'empêchement résultant de l'article 28 du Code Napoléon.

337. — 2° L'empêchement résultant de l'article 228.

338. — 3° L'empêchement résultant de l'article 348.

339. — 4° L'empêchement résultant des articles 295 et 298.

340. — 5° L'empêchement résultant de l'engagement dans les ordres sacrés (en suppposant qu'il existe).

341. — 6° Tous les empêchements enfin non déclarés dirimants par la loi.

SECTION II.

DES EFFETS DES MARIAGES NULS OU ANNULÉS.

342. — Faut-il maintenir toujours ici la distinction entre le mariage nul et le mariage annulé?

343. — Division.

§ I.

Des effets généraux du mariage annulé.

§ II.

Des effets particuliers du mariage annulé, dans le cas où les époux ou l'un d'eux étaient de bonne foi.

N° 1. — *Dans quels cas et sous quelles conditions y a-t-il mariage putatif?*

N° 2. — *Quels sont les effets du mariage putatif?*

361. — Règle générale à cet égard. — Les effets du mariage putatif peuvent être examinés : 1° à l'égard des enfants; 2° à l'égard des époux; 3° à l'égard des tiers.
362. — 1° Les enfants sont réputés légitimes à l'égard de leur père et de leur mère, lors même que l'un d'eux serait de mauvaise foi. Conséquences.
363. — Appliquerait-on les mêmes principes dans le cas où l'époux de mauvaise foi serait mort civilement? — Renvoi.
364. — Le mariage putatif a-t-il pour effet de légitimer les enfants que les époux auraient eus d'un commerce antérieur? — Il faut distinguer :
365. — A. Examen de la question en ce qui concerne les enfants incestueux ou adultérins.
366. — B. Examen de la question en ce qui concerne les enfants simplement naturels.
367. — 2° Lorsque les époux sont tous deux de bonne foi, le mariage produit également, en ce qui les concerne, tous les effets civils, soit dans leurs rapports avec leurs enfants, soit dans leurs rapports réciproques. — Conséquences.
368. — A quelle époque la communauté de biens sera-t-elle alors dissoute?
369. — A quelle époque s'exerceront les donations que les époux auraient pu se faire?
370. — Les époux conservent-ils le droit de successibilité réciproque établi par l'article 767 au profit du survivant?
371. — Lorsque l'un des époux seulement est de bonne foi, le mariage ne produit les effets civils qu'en sa faveur.
372. — Conséquences, en ce qui concerne la puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants, et les droits de successibilité ordinairement réciproques.
373. — Conséquences, en ce qui concerne les conventions matrimoniales.
374. — Suite. — Si c'est la femme qui est de mauvaise foi, aura-t-elle néanmoins la faculté de renoncer à la communauté?
375. — L'époux de bonne foi ne peut pas diviser son option entre l'exécution des conventions matrimoniales et une simple communauté de fait.
376. — *Quid*, à l'égard des donations mutuelles et réciproques que les époux se seraient faites?
377. — *Quid*, si le même homme avait successivement épousé plusieurs femmes également de bonne foi? — Comment faudrait-il régler leurs conventions matrimoniales?
378. — Suite. — Comment serait appliquée la vocation héréditaire établie par l'article 767, si à l'époque du décès de cet homme (ou de cette femme, dans le cas où ce serait une femme qui aurait successivement trompé plusieurs hommes) les deux mariages putatifs existaient encore?

379. — 3° A l'égard des tiers, le mariage putatif produit tous les effets d'un mariage valable. — Conséquence, en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme.
380. — Le défaut d'autorisation maritale peut-il être opposé aux tiers avec lesquels la femme aurait contracté pendant l'existence du mariage putatif?
381. — Les donations faites par des tiers aux époux ou à l'un d'eux par contrat de mariage, doivent-elles être maintenues?
382. — La donation faite à un tiers par l'un des époux, avant son mariage et à une époque où il n'avait pas d'enfant, est-elle révoquée par la survenance d'un enfant dans le mariage putatif?

256. — Ce chapitre forme la suite et le complément nécessaire des deux chapitres qui précèdent (*supra*, n° 9). On ne peut avoir, en effet, qu'une connaissance imparfaite des conditions et des formalités du mariage, tant qu'on ne sait pas quel est le résultat de l'inaccomplissement de ces conditions et de ces formalités. Voilà pourquoi j'ai cru devoir traiter de suite *des demandes en nullité*, avant de m'occuper de la preuve de la célébration du mariage.

Nous allons rechercher d'abord dans quel cas le mariage est nul ou annulable, et ensuite quels sont les effets des mariages nuls ou annulés.

SECTION I.

DES MARIAGES NULS OU ANNULABLES.

257. — La théorie des nullités, partout si compliquée, offre particulièrement, dans notre sujet, les plus sérieuses difficultés.

Et d'abord, existe-t-il, à cet égard, un ordre de règles générales, qui gouverneraient toutes les matières, et par conséquent aussi la nôtre?

Y a-t-il, au contraire, en ce qui concerne le mariage, des règles spéciales, par lesquelles les questions de nullité devraient être exceptionnellement résolues?

Il ne sera pas inutile de fournir, avant tout, quelques explications sur ces deux points.

Une théorie générale et complète sur les nullités! une

théorie, qui embrasserait tous les sujets, toutes les matières! je n'hésite pas à dire qu'elle n'existe pas dans le Code Napoléon; et il est permis d'ajouter que la doctrine elle-même a toujours jusqu'à présent échoué dans l'entreprise de la fonder. (Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Nullité*, § 1, et *Quest. de droit*, t. VIII, v° *Nullité*, § 1; Toullier, t. VII, n° 479 et suiv.; Thémis, t. I, p. 444, et t. II, p. 155.)

Ce n'est donc qu'avec beaucoup de réserve qu'on peut ici poser quelques règles.

En voici une pourtant qu'il faut d'abord considérer comme certaine : c'est que toute nullité doit procéder de la loi; c'est qu'une convention ou un acte quelconque ne peut être déclaré nul qu'en vertu de la loi (art. 902, 1123, 1134, etc. C. Nap.; 1030 procéd.).

Mais quand est-ce que la loi prononce cette nullité, et comment reconnaître son intention? Deux moyens me paraissent pouvoir être, en général, proposés.

Une convention, ou plus généralement un acte quelconque, devra être déclare nul :

1° Si cette convention ou cet acte est tellement informe, qu'il manque essentiellement des conditions constitutives et élémentaires, exigées par loi pour l'espèce d'acte ou de convention, dont il s'agit;

2° Si la convention ou l'acte, réunissant même ces conditions, pèche d'ailleurs par quelque imperfection, par quelque irrégularité, contre laquelle la loi aurait prononcé la nullité, soit expressément, soit tacitement.

Expressément : c'est-à-dire, en termes formels; rien de plus simple.

Tacitement : ici l'embarras commence! nul sujet peut-être n'est plus périlleux, plus rebelle à toute tentative de généralisation. On a entrepris pourtant de l'y soumettre; et c'est ainsi qu'on a prétendu que toute loi *prohibitive* (*voy.* notre tome I, n° 15) frappait virtuellement de nullité l'acte contraire à ses prescriptions. Cette maxime est effectivement écrite dans la loi 5 au Code *de Legibus :*

« .... Ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, « non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur; « licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter « dixerit inutile esse debere quod factum est. » Ajoutez le § 12 Inst., *de Nuptiis.*)

Dumoulin surtout a rendu cette règle célèbre : « Nega-« tiva præposita verbo : *potest,* tollit omnem potentiam « juris et facti, et inducit necessitatem præcisam, desi-« gnans actum impossibilem.... » (T. III, p. 18, sur la loi 1, ff. *de Verb. oblig.*, n° 2.)

Ainsi donc la formule : *ne peut.... ne pourra....* serait toujours et nécessairement irritante! — Nous ne tarderons pas à reconnaître combien une théorie aussi absolue serait souvent contraire à l'évidente intention de la loi, et quelles conséquences inadmissibles elle pourrait engendrer. (*Voy.* Merlin, *Quest. de droit*, t. III, v° *Hyp.*, § 4, n° 1.)

Aussi Dumoulin lui-même, effrayé de ces conséquences, détruit-il en quelque sorte sa propre règle par les restrictions, les exceptions et les réserves, qu'il y ajoute :

« .... Intellige, quando hoc respicit formam, quæ dat « esse rei; vel quando lex absolute prohibet; — *Secus,* « quando ultra procedit providendo de remedio; — *Etiam* « *secus,* quando subjecta materia ostendit dictum esse « præsumptive, vel propter certum finem, qui cessare « potest et separari ab actu; — Unde Alciat male impu-« gnat hanc regulam, quam debuit limitare ex materia « subjecta.... » (Dumoulin, *loc. sup. cit....*)

Tout dépend donc du sujet particulier dont il s'agit, *ex materia subjecta?*

A la bonne heure! et je le crois effectivement ainsi. Mais convenons que notre règle devient alors bien vague et bien incertaine.

238. — Le Code Napoléon n'a donc pas de système d'ensemble sur tous les cas de nullité. Sauf les hypothèses où la nullité est textuellement prononcée, aucune for-

mule n'est par elle seule, toujours et quand même, nécessairement irritante.

Mais existe-t-il du moins, en ce qui concerne les nullités de mariage, une théorie spéciale, dont toutes les dispositions de ce chapitre seraient le produit logique et rationnel, et qui devrait nous servir ici de boussole? Autant une généralisation trop vaste aurait eu de périls et d'impossibilités même, autant peut-être une théorie propre à chaque sujet aurait été souvent utile et praticable. Eh bien! pourtant, je crois qu'il faut reconnaître que, même dans le titre du mariage, le législateur n'a pas conçu *a priori* une théorie quelconque, à laquelle il serait toujours demeuré rigoureusement fidèle. Ma conviction est que, si vous voulez adopter un système exclusif, et suivre sans aucune concession toutes les conséquences, vous pourrez bien être plus logique que le législateur lui-même, mais que vous arriverez à des résultats certainement contraires à sa volonté.

Ainsi, par exemple, direz-vous, avec la Cour de cassation « que les nullités de mariage, quelques radicales ou absolues qu'on les suppose, ne peuvent être proposées tant par voie d'action que par voie d'exception, que par les personnes auxquelles la loi en a expressément conféré le droit, et dans les cas qu'elle a déterminés.... » (Cass., 12 nov. 1839, Delahaye, Dev., 1839, I, 826.) — Ce système aura beaucoup de vérité; et je pense, en effet, qu'il résulte de l'économie générale du chapitre IV de notre titre, chapitre *ad hoc* et tout spécial, que les demandes en nullité de mariage ne peuvent être proposées que par les personnes et dans les cas déterminés par la loi. Il me paraît aussi que « le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions » (Cass., 12 nov. 1844, Sillas Lenormand, Dev., 1845, I, 246), et que la loi dès lors a dû préciser, limiter les causes de nullité, et les personnes qui pourraient les

faire valoir. (*Voy.* pourtant Valette sur Proud'hon, t. I, p. 404, 405). Je crois, dis-je, que telle est la théorie du Code sur ce point, théorie exacte, mais qu'il ne faudrait pas pourtant exagérer; or le texte des arrêts précités me paraît, à cet égard, bien absolu! Où serait en effet le moyen, avec cette doctrine, d'annuler le prétendu mariage d'un mort civilement ou même de deux personnes du même sexe? car notez bien que la loi n'a pas organisé, pour ces deux hypothèses de *demande en nullité,* et n'a dès lors formellement accordé à personne le droit de la former (*voy.* le chapitre IV). Aussi la Cour de cassation elle-même a-t-elle été conduite à ce résultat vraiment inadmissible, qu'un mariage contracté en état démence par un individu non interdit, ne pourrait être attaqué absolument par personne! (Cass., 9 janv. 1821, Joliot C. Martin, Sirey, 1821, I, 157.)

239. — Distinguerez-vous alors entre le mariage *nul* ou non existant et le mariage existant mais *annulable?* (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 6; Massé et Vergé, t. I, p. 165, 166; Marcadé, t. II, p. 105 et suiv.)

Cette distinction aussi sera très-vraie, selon moi; mais sous la condition, à son tour, de ne pas se montrer non plus trop exigeante, et de ne pas prétendre au développement rigoureux de toutes ses conséquences. Car, encore bien qu'elle ait été plusieurs fois reproduite et défendue dans le conseil d'État (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 324-327 et 371), il n'est pas très-sûr qu'elle s'y soit fait décidément reconnaître (Fenet, t. IX, p. 15-17 et 99, 100); et, en tout cas, on peut affirmer que le Code Napoléon, si tant est qu'il l'ait adoptée, ne l'a fait néanmoins qu'avec tant d'hésitations et d'obscurités, que ses interprètes semblent ne l'y avoir pas aperçue (Delvincourt, t. I, p. 70; Vazeille, t. I, n° 215 et suiv.), ou vont même jusqu'à la méconnaître formellement (Toullier, t. I, n° 601; Duranton, t. II, n° 263).

Il importe donc, ici plus encore que partout ailleurs,

de se garder de l'esprit de système, et de ne pas substituer une théorie absolue, si rationnelle qu'elle puisse être, à la théorie.... telle quelle, ou même, si vous voulez, au défaut de théorie de la loi! En cet état, et avant d'en venir aux applications, voici finalement, pour mon compte, la doctrine que j'essayerais de proposer.

§ I.

Des mariages nuls ou non existants.

240. — J'admets d'abord la distinction entre le mariage *nul* ou non existant et le mariage existant, mais seulement *annulable.*

Est-elle exacte? — Quels en sont les effets? — A quels cas s'applique-t-elle?

A. Est-elle exacte? je le pense. L'ancien droit, il est vrai, ne semble pas l'avoir faite; et Pothier confond certainement ces deux hypothèses (nos 308, 309 et 451). Je viens de dire aussi que la plupart des auteurs modernes la rejettent; mais pourtant elle ne m'en paraît pas moins dériver de la nécessité même des choses.

Toute convention, tout acte a ses conditions *d'être*, ses conditions essentielles et organiques, en dehors desquelles il n'existe pas. Est-ce que, par exemple, la célébration devant un officier de l'état civil n'est pas une condition *sine qua non* de l'existence même du mariage? Un homme et une femme ont vécu en état de concubinage, ou même ils ont déclaré s'unir, s'épouser devant un juge de paix, devant un prêtre (*supra*, 205). Croyez-vous qu'il me faudra intenter une demande en nullité de mariage pour m'opposer aux prétentions que ces individus, qui se diraient légitimes, pourraient élever contre moi?... Une demande en nullité de *mariage!* mais il n'y a aucune espèce de mariage! il n'y en a pas l'ombre ni l'apparence! il n'y a rien! — Cet exemple est presque trop

clair; mais c'est pour cela que je l'ai pris, car il ne s'agit, en ce moment, que de prouver l'exactitude de la distinction; or, quelque embarras que nous puissions rencontrer, quand il faudra préciser les hypothèses auxquelles elle s'applique, il est certain du moins que la distinction elle-même est fondée.

Objectera-t-on pourtant que le Code Napoléon ne l'a pas faite; qu'il applique, au contraire, les mots *nul* et *nullité* à des mariages, que la distinction déclare existants, mais seulement *annulables;* et qu'enfin cette distinction ferait double emploi avec celle que le Code Napoléon a seulement consacrée entre les nullités *relatives* et les nullités *absolues?*

Notre langue juridique est, à la vérité, bien imparfaite; et c'est même surtout en ce qui concerne les *nullités,* que la terminologie est remplie de confusion et d'équivoques. Les auteurs, les arrêts, les textes semblent partout confondre l'acte nul ou inexistant avec l'acte existant et annulable, la *nullité* enfin avec l'*annulabilité.* Aussi sera-t-il toujours fort difficile de les discerner. Mais tout cela ne saurait détruire l'incontestable vérité de notre distinction.

Est-ce que d'ailleurs le Code Napoléon lui-même ne l'a pas consacrée? Voyez les vicissitudes à travers lesquelles l'article 142 nous est arrivé tel qu'il est. Propose-t-on d'abord de le renvoyer au chapitre IV, qui traite des *demandes en nullité?* — Non! dit le premier Consul : « Ce serait mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où il peut être cassé. » (Fenet, t. IX, p. 16.) — Propose-t-on la rédaction suivante : « Il n'y a point de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement. — Il n'y a point de consentement, lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne. » — Le premier Consul se récrie encore : « On a distingué deux cas dans la discussion : 1° *il n'y a pas de mariage*, à défaut de consentement devant l'officier de l'état civil, et si on a écrit que la femme a dit *oui*, quand elle a dit *non;* 2° si la femme ayant dit

oui, prétend ensuite avoir été forcée, *il y a mariage*; mais il peut être annulé. » (Fenet, t. IX, p. 99). Et l'article 146, placé dans le chapitre I, est finalement rédigé d'après cette pensée. — Quant à la distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues, elle ne se confond certainement pas avec celle qui sépare le mariage *nul* ou non existant du mariage *annulable*; car le mariage, même entaché d'une nullité absolue, n'en existe pas moins légalement, tant qu'il n'a pas été annulé; et cela est si vrai, que la nullité absolue, bien qu'en général perpétuelle et irréparable, peut néanmoins quelquefois se couvrir (art. 185), ou n'être pas indistinctement proposable par toute personne (art. 186-196). Et puis enfin, j'ai déjà remarqué que cette théorie des nullités absolues ne nous donnerait aucun moyen d'attaque contre certains mariages impossibles à maintenir, et qui pourtant seraient nécessairement valables, si, une fois, on reconnaissait qu'ils existent! (*Supra*, n° 238.)

En résumé donc, il faut distinguer entre les conditions essentielles dont l'absence empêche absolument le mariage de se former, d'exister, et les autres conditions dont l'absence ou l'irrégularité n'empêche pas la formation et l'existence du mariage, lors même qu'elles seraient de nature à en faire prononcer la nullité. Dans le premier cas, le mariage est *nul*; il n'y a pas mariage; dans le second cas, le mariage existe, il est seulement *annulable*. Et la différence est très-grande! L'acte nul ou inexistant est *mort-né*, si j'osais dire ainsi! ou plutôt c'est le néant même! L'acte annulable n'est qu'infirme; il est malade, susceptible, à la vérité, de périr, mais susceptible aussi très-souvent d'être guéri et sauvé!

Cette distinction vient d'être combattue par le révérend père Ch. Daniel, dans un article fort intéressant, intitulé: *Le mariage chrétien et le Code Napoléon*. (*Études religieuses, historiques et littéraires*, 1869, t. III, p. 5 et suiv.)

Mais nous devons dire, en le remerciant de la bienveil-

lance extrême, avec laquelle il apprécie nos travaux, que sa dissertation ne nous a pas convaincu.

241. — B. Les effets de ces deux situations sont aussi très-différents. De ce que l'acte nul est un pur fait, sans caractère légal, sans existence juridique, il faut déduire deux conséquences importantes :

1° Il n'est pas nécessaire que l'annulation en soit demandée ni prononcée par jugement. Bien plus ! cette demande et ce jugement ne sont pas même possibles. Que voulez-vous qu'on annule, puisqu'il n'y a rien?

2° La loi n'a pas dû, ou plutôt encore n'a pas pu organiser une action d'elle-même impossible, ni déterminer en conséquence, soit les personnes qui auraient droit de l'intenter, soit sa durée, soit les fins de non-recevoir qui pourraient y être opposées. Donc, toute personne, en tout temps, sera fondée à repousser, par voie d'exception, les effets de ce prétendu mariage, sans qu'on puisse lui opposer ni prescription, ni ratification (Cass., 16 mars 1808, Marotte C. Griffon, Sirey, 1808, I, 297; Riom, 11 juin 1808, Destaing, Sirey, 1808, II, 322). Le plus qui pourrait arriver, c'est qu'on décidât, en fait, qu'une partie se serait rendue non recevable à exiger la preuve de certaines conditions dont elle aurait personnellement reconnu l'existence (Cass., 27 déc. 1831, Lejunie, Dev., 1832, I, 617; Montpellier, 2 mars 1832, Griffaulières, Dev., 1832, II, 610; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. v, § 2, n° 11, p. 740). — Sans doute, s'il y a contestation, il faudra bien que les magistrats soient appelés, comme toujours, à prononcer entre les parties dissidentes. Mais ce n'est là qu'une application de la règle générale, qui ne permet à personne de se faire justice à soi-même. Les magistrats d'ailleurs se borneront à constater et à déclarer qu'il n'y a jamais eu de mariage; et tout tribunal sera même, en général, compétent à cet effet, sauf pourtant à se dessaisir et à renvoyer devant le juge compétent en matière de questions d'état, si la cause

offrait effectivement du doute et nécessitait une instruction. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 8.)

Bien différent est le mariage annulable ! Il existe légalement, juridiquement; et de là deux conséquences diamétralement contraires :

1° Il faut, pour en détruire les effets, former une demande en nullité, ou, plus exactement, en *annulation*, et obtenir un jugement qui la prononce;

2° Cette demande, la loi seule pouvant l'autoriser, a dû dès lors aussi la régler, et déterminer, suivant la gravité des différents cas, les causes de nullité, les personnes qui pourront les proposer, la prescription et les fins de non-recevoir par lesquelles les demandes pourront être écartées. — Donc, l'action en nullité ne sera recevable que pour les causes, et de la part des personnes déterminées par la loi, comme aussi pendant le temps et sous les autres conditions qu'elle a prescrites.

242. — C. Plus les effets de cette distinction sont considérables, plus il importe de savoir à quelles hypothèses elle s'applique. C'est sur ce point notre dernière question, et la plus difficile!

Dans quels cas le mariage est-il tout à fait *nul?* — Dans quels cas est-il seulement *annulable?*

Quatre conditions me paraissent absolument essentielles à l'existence du mariage :

1° La différence de sexe. — Si donc il était arrivé, par une circonstance quelconque, que l'officier de l'état civil eût célébré l'union de deux personnes du même sexe, il n'y aurait pas mariage! il n'y aurait rien! (Merlin, *Rép.*, t. V, v° *Hermaphrodite; supra*, n° 2; Tribun. civ. d'Alais, 29 avril 1869, Darbousse, le *Droit* du 21 octobre 1869, Montpellier, 8 mai 1872, Darbousse, Dev., 1872, II, 272; comp. *supra*, n° 11).

2° La vie civile de l'un et de l'autre des futurs époux. — Il aurait donc fallu tenir pour nul et non existant le mariage qu'un mort civilement, par fraude, par erreur ou

autrement, aurait contracté devant un officier de l'état civil, avant la loi du 30 mai 1854, qui a aboli la mort civile (art. 25; Cass., 16 mai 1808, Marotte C. Griffon, Sirey, 1808, I, 297; Paris, 14 juin 1828, Leboullanger d'Hacqueville, Sirey, 1828, II, 334); et je pense, malgré des autorités contraires (Cass. 19 juin 1811, G. D.... C. P..., Sirey, 1811, I, 200), qu'il en résulte nécessairement que la cohabitation continuée même depuis la cessation de la mort civile ne saurait confirmer le mariage.... Le confirmer ! non, sans doute; il faudrait qu'elle le créât; or cela est évidemment impossible. (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 7; Massé et Vergé, t. I, p. 170.)

3° Le consentement des futurs époux (art. 146). — Si donc il y a absence totale de volonté, si, par exemple, l'une des personnes dénommées dans l'acte, par suite d'une usurpation de noms, n'avait pas du tout comparu devant l'officier de l'état civil, ou si elle y avait comparu dans un état d'ivresse ou de folie exclusif de toute volonté, le contrat, manquant absolument de sa base la plus essentielle (art. 1101), n'aurait pas pu se former. (*Supra*, n° 19, et *infra*, n° 246; Valette sur Proudhon, t. I, p. 391, note *a*.)

4° Enfin la manifestation solennelle de ce consentement devant un officier de l'état civil, et le prononcé de l'union des deux époux par cet officier. — Il n'y aurait donc pas mariage, si la prétendue célébration avait été faite par une personne privée, ou même par un ministre du culte, ou même par un fonctionnaire public autre qu'un officier de l'état civil (*supra*, n° 240).

Je pense qu'à ces quatre hypothèses il faudrait appliquer les principes que j'ai posés plus haut (n° 241), en ce qui concerne le mariage nul ou non existant; mais les appliquer avec mesure, avec discernement, sans les pousser toujours jusqu'à leurs conséquences extrêmes, de manière enfin à ne pas introduire dans le Code Napoléon une théorie absolue, qui n'a certainement pas été la sienne, et qui y produirait des résultats tellement con-

traires à son intention, qu'il les aurait, je n'en doute pas, expressément désavoués, s'il avait pu prévoir qu'on les lui attribuerait! (*Infra*, nos 355, 356.)

§ II

Des mariages annulables.

243. — Parmi les causes d'*annulabilité*, ou, pour dire désormais comme le Code Napoléon, de *nullité* du mariage, les unes ont été introduites principalement dans l'intérêt particulier de certaines personnes; les autres, au contraire, dans l'intérêt général de la société et de l'ordre public.

Les premières sont appelées *nullités relatives ou respectives* (Pothier, n° 444); les secondes, *nullités absolues*. La doctrine a depuis longtemps consacré ces dénominations, comme celles des empêchements prohibitifs ou dirimants; et le Code Napoléon s'y réfère, quoiqu'il ne les ait pas nominativement rappelées (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 371-374). Nous les emploierons donc aussi, d'autant mieux qu'elles expriment fort exactement cette importante distinction.

Les nullités relatives ont, en général, ce double caractère :

1° Qu'elles ne peuvent être proposées que par certaines personnes seulement, dans l'intérêt desquelles la loi les a établies;

2° Qu'elles sont susceptibles de se couvrir par la renonciation, expresse ou tacite, de ces personnes au droit introduit en leur faveur.

Il en est tout autrement des nullités absolues; en général :

1° Elles peuvent être proposées par toute personne ayant intérêt, même par le ministère public;

2° Elles ne peuvent se couvrir ni par le laps de temps, ni par les ratifications (*voy.* toutefois *infra*, n° 316).

244. — Nous allons, au reste, préciser davantage ces caractères, en examinant successivement : 1° les nullités relatives; 2° les nullités absolues, que renferme le chapitre IV de notre titre.

Nous rechercherons ensuite, dans un troisième numéro, s'il y a encore d'autres nullités, soit relatives, soit absolues, que celles dont il est question dans ce chapitre.

N° 1. — *Des nullités relatives.*

245. — Les causes de nullités relatives sont au nombre de deux :

A. Vices du consentement de l'une ou de l'autre des parties contractantes;

B. Défaut de consentement des personnes sous la puissance desquelles elles se trouvaient relativement au mariage.

A. — *Vices du consentement de l'une ou de l'autre des parties contractantes.*

246. — Article 180 : « Le mariage qui a été con-« tracté sans le consentement libre des deux époux ou « de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux « ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été « libre.

« Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage « ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui « a été induit en erreur. »

Article 181 : « Dans le cas de l'article précédent, la « demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois « qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, « depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que « l'erreur a été par lui reconnue. »

Tels sont les textes à l'aide desquels nous devons résoudre les questions suivantes : Dans quels cas y a-t-il

lieu à cette cause de nullité? — Par qui peut-elle être proposée? — Comment peut-elle se couvrir?

Et d'abord, dans quels cas cette cause de nullité existe-t-elle?

J'ai déjà plusieurs fois distingué deux hypothèses : 1° celle du défaut absolu de consentement; 2° celle d'un consentement imparfait.

Les articles 180, 181 s'appliquent-ils également à toutes les deux?

Il peut y avoir défaut absolu de consentement dans plusieurs circonstances :

1° Pierre, l'une des parties contractantes, était, au moment même de la célébration, dans un état d'ivresse ou de démence exclusif de toute volonté; ou encore il a, en ce moment, refusé de consentir; 2° un acte de mariage porte que Sophie a épousé Pierre; et jamais Sophie n'a comparu avec Pierre devant un officier de l'état civil (*supra*, n° 242); 3° ou enfin Pierre a cru épouser Sophie, qu'il connaissait; mais, au moment de la célébration, Louise a été substituée à Sophie. Il est évident qu'il y a, des deux côtés, absence totale de consentement : de la part de Sophie, qui n'a rien dit, rien voulu! — de la part de Pierre, qui a bien dit *oui*, croyant épouser Sophie, mais qui n'a rien dit non plus, en tant qu'on voudrait qu'il eût épousé Louise. (Comp. Paris, 20 mars 1872, Humbert, D., 1872, II, 109.)

Eh bien! je demande si, dans ces trois cas, les articles 180, 181 seront applicables, et si, par exemple, la demande en nullité ne passerait point alors aux héritiers de Sophie et de Pierre? (*Infra*, n° 258.)

Une première opinion ne distingue pas, et applique toujours les articles 180, 181 (Duranton, t. II, n°s 27 et 269; *voy.* pourtant n° 264).

Une seconde opinion n'applique pas les articles 180, 181 au cas où le défaut de consentement provient 1° de l'ivresse, de la démence ou du refus de consentir de la

part de l'une des parties; 2° de sa non-comparution devant l'officier de l'état civil. (Zachariæ, t. III, p. 213, 214.) Mais elle les applique au cas où le défaut de consentement provient 3° de la substitution de Louise, que je ne voulais pas épouser, à Sophie que j'avais choisie et à laquelle seule mon consentement s'appliquait (Zachariæ, t. III, p. 260).

Enfin une troisième opinion n'applique jamais, dans ces trois hypothèses, les articles 180, 181 (Marcadé, t. II, art. 180, n°s 1-3).

Où est la vérité?

J'ai déjà réfuté par avance la première opinion, celle précisément qui confond le mariage *nul* avec le mariage *annulable* (*supra*, n°s 240-242). En vain prétend-elle que les articles 180, 181 ne sont que le développement et la mise en œuvre de l'article 146, comme les articles 182, 183 des articles 148 et suivants, comme les articles 184 et suivants des articles 144, 147, 161, 164. — Si spécieuse que cette raison puisse paraître, je crois avoir prouvé qu'elle n'est point véritablement exacte.

Admettrons-nous dès lors la distinction faite par Zachariæ, et faudra-t-il du moins appliquer les articles 180, 181 au cas où le consentement de l'une des parties n'aura été donné que par suite d'une erreur sur l'*individu*, sur la personne *physique* de l'autre partie? Mais pourquoi? Est-ce qu'il y a là un consentement quelconque? non, sans doute; vous le déclarez vous-même : une telle erreur *est exclusive de tout consentement* (Zachariæ, t. III, p. 261, note 8). Pourquoi donc, encore un coup, cette exception? Voici comment on l'explique : l'erreur en soi détruit sans doute le consentement : *non videntur consentire, qui errant* (L. 116, § 2. ff. *de Reg. juris*). Telle est la vérité philosophique, mais non pas la vérité légale! La loi, au contraire, considère que le consentement existe, alors même qu'il est entaché d'erreur. La preuve en est dans les articles 180, 1109, 1110, 1117 (Zachariæ, t. I,

p. 66, note 4); donc, le mariage contracté par erreur est seulement annulable comme tout autre contrat. — J'apprécie fort ce motif; mais je ne crois pas pourtant que la conclusion qu'on en tire, soit de tous points fondée : il est très-vrai que le Code Napoléon assimile l'erreur à la violence et au dol, c'est-à-dire à des vices qui altèrent le consentement et qui supposent par cela même son existence. Mais cette assimilation est-elle absolue? Faut-il l'appliquer au cas où l'erreur porterait sur l'*identité* même de l'objet du contrat? J'essayerai plus tard d'établir la négative relativement aux obligations conventionnelles en général (Thémis, t. V, p. 134); et, quant à présent, j'avoue qu'il m'est bien difficile de croire qu'en ce qui concerne le mariage, cette espèce d'erreur, l'erreur sur l'identité, sur la personne physique, ne soit pas, aux yeux de la loi elle-même, absolument exclusive du consentement et par suite de l'existence même du mariage. Le premier Consul a formellement déclaré qu'*il n'y a pas alors de mariage* (Fenet, t. IX, p. 99); et l'article 180 ne prouve-t-il pas en effet qu'il n'a pas en vue cette espèce d'erreur, lorsqu'il parle d'une erreur, non pas *sur* la personne, c'est-à-dire sur son identité même, mais *dans* la personne, c'est-à-dire seulement sur ses qualités, et surtout lorsqu'il accorde six mois à l'époux trompé, *depuis que l'erreur aura été par lui reconnue*, pour former son action en nullité! Ces mots supposent une erreur susceptible de se prolonger encore après la célébration du mariage; or, l'erreur sur l'identité même, par substitution d'une autre personne à celle que l'on croyait épouser, cette erreur, si tant est même qu'elle soit possible, se découvrirait toujours immédiatement après la célébration. Ajoutez enfin que la Cour de cassation avait demandé qu'on substituât le mot *individu* au mot *personne*, et que c'est dès lors en connaissance de cause et à dessein que cette dernière expression a été conservée.

De tout ce qui précède, je conclus que les articles 180,

181 ne s'appliquent dans aucune des trois hypothèses que j'ai proposées plus haut. Je dis que, dans ces trois cas, le mariage est *nul* et non pas *annulable*, et que par conséquent toute personne, en tout temps, pourra le faire déclarer tel. — Comment! si cette partie qui prétend n'avoir pas consenti, par suite d'ivresse ou de démence, ou de substitution de personne, si cette partie a, depuis la célébration du mariage, cohabité avec l'autre pendant plus de six mois, pendant des années entières, ses héritiers n'en pourront pas moins ensuite méconnaître ce mariage! cette partie elle-même aussi le pourrait! mais cela n'est pas tolérable! — Ne nous alarmons point si vite. Là où il n'y a pas eu du tout de mariage, ni la prescription, ni la ratification ne peuvent en faire un. Voilà le principe; il me paraît certain, et je ne ferai aucune concession qui puisse théoriquement le détruire. Je me garderai donc de dire, avec Pothier, que « si après avoir reconnu l'erreur, je consens de prendre pour femme Jeanne, que j'avais d'abord prise pour Marie, ce consentement *réhabilite* mon mariage.... quoiqu'*il n'ait été contracté que depuis*, par le consentement que j'ai donné depuis l'erreur reconnue. » (N° 309.) Tout ceci, j'ose le dire, n'est pas logique, n'est pas rationnel! je maintiens donc le principe : oui, si le mariage ne s'est pas formé, tous les intéressés pourront toujours opposer son défaut d'existence! Mais le mariage ne s'est-il pas formé? Oh! ceci est autre chose! Et quand vous viendrez, vous ou vos héritiers, ou qui que ce soit, quand vous viendrez, après plus de six mois de cohabitation, ou après des faits personnels d'approbation, nous dire qu'il n'y a pas eu de mariage, qu'on vous repousse, j'y applaudirai, à la condition qu'on vous repoussera par le motif qu'il résultera des circonstances que le mariage a effectivement existé! L'appréciation des faits appartient souverainement aux magistrats; et je concevrai très-bien qu'ils prennent en considération même les circonstances postérieures pour

décider la question de savoir si le mariage a en effet originairement existé. De cette façon, du moins, les principes seront sauvés.

247. — Les articles 180, 181 supposent donc l'existence du consentement; ils ne s'appliquent qu'aux vices qui peuvent l'altérer.

Mais quels sont ces vices?

Dans les contrats, en général, la loi considère comme tels : la violence, l'erreur, le dol (art. 1109), quelquefois même la lésion (art. 1118). Quelle sera l'influence de chacun de ces vices relativement au mariage?

248. — La violence d'abord : l'article 180 la déclare formellement une cause de nullité. Ce n'est pas sans doute que la personne violentée n'ait point consenti; au contraire! et c'est bien pour cela qu'il y a mariage, et qu'elle est engagée, et qu'il faut venir à son secours. Entre deux maux, elle a choisi le moindre; elle a choisi! donc, elle a voulu. « Qui mavult, vult. » — « Quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui. » (L. 21, § 5, ff. *Quod met. causa.*) Mais ce consentement n'est que relatif; et la vérité est que la personne contrainte choisit entre deux alternatives également contraires à sa volonté. Celle qu'elle adopte n'est donc pas elle-même le résultat de sa libre adhésion.

Quels doivent être les caractères de la violence pour qu'elle devienne une cause de nullité de mariage? C'est là une question de fait nécessairement abandonnée à l'appréciation des magistrats (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 360, 361 et 552, 553). Les articles 1111-1114 renferment, à cet égard, des dispositions qui me paraissent former le droit commun, et devoir être appliquées dès lors toutes les fois qu'il s'agit de décider une question de ce genre; je penserais donc, malgré des autorités contraires (Zachariæ, t. III, p. 259, note 4), qu'il y aurait lieu à cassation, si, même en matière de mariage, les magistrats, ne jugeant pas seulement *en fait*, avaient décidé *en droit* que l'un ou

l'autre de ces articles (1111-1114) n'est pas applicable à ce sujet. Si spécial en effet que soit notre titre, il ne faut pourtant pas croire qu'il puisse se suffire absolument à lui-même. La nécessité exige qu'il demeure soumis aux principes généraux pour les cas auxquels il n'a point particulièrement pourvu, lorsque d'ailleurs il s'agit de principes de droit commun dont l'application au titre du mariage ne présente aucun inconvénient; or tel est précisément le caractère des articles par lesquels le Code Napoléon me paraît définir, pour tous les cas, les conditions de la violence.

L'article 1111, par exemple, est ainsi conçu : « La vio-« lence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, « est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée « par un tiers autre que celui au profit duquel la con-« vention a été faite. » — Refuserez-vous d'appliquer cet article au mariage? non! Tous en conviennent, d'autant mieux que les articles 180, 181 exigent aussi, d'une manière absolue, la liberté du consentement, sans s'inquiéter du point de savoir par qui elle aurait pu être contrainte.

Et l'article 1112 : « Il y a violence, lorsqu'elle est de « nature à faire impression sur une personne raisonna-« ble, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa « personne ou sa fortune à un mal considérable et pré-« sent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et « à la condition des personnes. » Est-ce que cela n'est pas vrai aussi pour le mariage? Assurément.

Et l'article 1113 : « La violence est une cause de nul-« lité du contrat, non-seulement lorsqu'elle a été exercée « sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a « été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descen-« dants ou ses ascendants. »

Et enfin l'article 1114 : « La seule crainte révérentielle « envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il « y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour an-« nuler le contrat. »

N'est-ce pas encore pour le mariage que ces deux articles, et surtout le dernier, étaient nécessaires? Si *la crainte révérentielle* détermine quelquefois le consentement des enfants, c'est principalement lorsqu'il s'agit de leur mariage (L. 21, 22, ff. *de Rit. nupt.*; Pothier, n° 316); aussi est-il permis de croire que l'article 1114 avait lui-même en vue cette hypothèse. C'est alors en effet qu'il importe de distinguer la violence véritable, qui contraint en effet la liberté, d'avec ces exhortations plus ou moins vives, ces remontrances plus ou moins impérieuses, qui déterminent si souvent l'enfant, la jeune fille, à consentir, non pas alors sans liberté, quoiqu'à regret et à contre-cœur. Chacun comprend que si la violence véritable acquiert plus de gravité, lorsqu'elle est exercée par un ascendant, il y aurait eu d'un autre côté beaucoup de dangers, pour les familles et pour la société, à voir trop facilement la violence dans l'exercice, même un peu rigoureux, de l'autorité paternelle.

En droit donc, je considère que les articles 1111-1114 sont applicables au consentement, quant au mariage. Mais c'est *en fait*, bien entendu, une question de circonstances et d'appréciation. Je ne voudrais pas dès lors avancer ici de proposition trop générale, et dire, par exemple, en principe, 1° qu'il faut que la violence soit *atrox;* 2° qu'elle soit *adversus bonos mores* (L. 3, § 1, ff. *Quod met. causa*, Pothier, n° 316); 3° qu'elle doit inspirer une crainte actuelle, *metum præsentem non suspicionem inferendi ejus* (L. 9, ff. *Quod met. causa;* Pothier, n° 316; Toullier, t. I, n° 507; Duranton, t. II, n° 46); 4° qu'elle doit avoir directement le mariage lui-même pour objet (Toullier, t. I, n° 508).

Il y a beaucoup de vérités sans doute dans ces conditions; mais finalement l'article 1112 les résume, et fait seul aujourd'hui notre règle. Les magistrats apprécieront!

Ainsi, par exemple, un homme est surpris par le parent, par le frère d'une jeune fille qu'il a déshonorée.

Il craint les suites de cette séduction, le scandale, une *rencontre* peut-être! Il l'épouse. Et vous demandez s'il y a violence? Cela dépend, répondrai-je; non, si, en définitive, il l'a épousée pour réparer sa faute, ou même par crainte d'un éclat, par peur d'un duel, à la condition que cette peur et cette crainte ne seront que le résultat de la situation, et qu'il les aura ainsi lui-même spontanément conçues.... *Hunc sibi metum ipse infert* (L. 21, princ., ff. *Quod met. causa*); cette prétendue violence ne sera pas alors, comme on dit, *adversus bonos mores.* — Oui, au contraire, si des menaces et d'autres violences ont été, en outre, exercées; et je crois aussi qu'il faudra, en les appréciant, bien rechercher si elles avaient en effet pour but direct d'extorquer un consentement au mariage. (Toullier, t. I, n° 699; Duranton, t. II, n°s 50, 51.)

249. — L'enlèvement, même par force, ce qu'on appelait autrefois le rapt de violence, n'est pas une cause de nullité, pourvu que la personne ravie ait recouvré sa liberté au moment de la célébration du mariage, et donne alors un consentement libre. Et il n'est pas nécessaire pour cela, comme l'exigeait le concile de Trente, que cette personne ait été préalablement *a raptore separata et in loco tuto constituta* (Pothier, n° 227, et aussi l'article 5 de l'ord. de 1639); c'est là une simple question de fait.

Nous avons vu d'ailleurs que le rapt ne forme pas même aujourd'hui un empêchement prohibitif (*supra*, n° 135).

250. — Mais je parle toujours de la violence.

Est-ce donc que c'est là le seul vice qui puisse altérer *la liberté* du consentement?

Marcadé (t. II, art. 180, n°s 1, 2) enseigne que la séduction peut avoir aussi cet effet, quand il s'agit du mariage : 1° les articles 180, 181, bien différents des articles 1109 et 1304, déclarent que l'époux *dont le consentement n'a pas été libre,* pourra attaquer le mariage dans les six mois, *depuis qu'il aura acquis sa pleine li-*

berté; ils ne disent pas : *depuis que la violence aura cessé* (art. 1304). Toute cause donc qui peut faire que le consentement ne soit pas libre, engendre une nullité d'après ces articles; or, la séduction, avec ses manœuvres coupables, peut altérer la liberté du consentement; et l'ancien droit, en effet, considérait sous ce rapport la séduction à l'égal de la violence (Pothier, nos 315-320); donc, les articles 180, 181 sont alors aussi applicables; 2° une autre solution ne serait-elle pas pleine de périls et d'immoralité? Il faudrait donc maintenir le mariage qu'un malheureux jeune homme de vingt et un ans, qui n'avait plus d'ascendants, aurait contracté avec une courtisane, qui sait même? avec une prostituée, dont les artifices l'auraient momentanément séduit et fasciné!

Je dois convenir que Pothier semblerait favoriser cette argumentation, lorsqu'il dit que :

« La séduction n'est pas moins contraire que la violence *à la liberté* du consentement.... » (N° 320.)

Mais l'autorité de l'ancien droit sera bien affaiblie, si même elle n'est pas complétement détruite, quand nous aurons ajouté que c'était surtout et pour ainsi dire exclusivement à l'égard des mineurs que la séduction produisait cet effet. Voilà pourquoi *le rapt de séduction* était aussi réputé commis contre la famille, et appelé *raptus in parentes.* Ajoutez d'ailleurs que toutes les sévérités de notre ancien droit contre les rapts de violence, et particulièrement de séduction, avaient pour but d'empêcher ce qu'on appelait alors *les mésalliances,* et de maintenir la distinction des castes. Il n'y a plus rien de semblable aujourd'hui. Si la partie était mineure quant au mariage, de deux choses l'une : ses ascendants ou sa famille ont-ils consenti? la loi croit à cette garantie, et n'admet pas la prétendue séduction. N'ont-ils pas consenti? dites alors, si vous voulez, que le mineur est présumé séduit. A la bonne heure! il n'en résultera pas une cause nouvelle de nullité; car, dans ce cas, le mineur, quoiqu'il

ait consenti lui-même, peut proposer la nullité fondée sur le défaut de consentement de ses ascendants ou de sa famille (art. 183). Pour cette hypothèse, point de difficulté. Mais on va plus loin ! On suppose un majeur de vingt et un ans qui n'a plus d'ascendants, et qui, par conséquent, était capable de se marier sans le consentement de personne (art. 160). Eh bien ! je ne crois pas alors que la séduction soit un vice qui altère *la liberté* du consentement : Peut-être bien que, d'une manière absolue, on pourrait dire que la volonté n'est pas *libre*, toutes les fois qu'elle est déterminée non-seulement par des causes qui la violentent, mais encore par des causes qui la trompent ou qui l'égarent ; qu'elle n'est pas *libre* alors, en ce sens que, maîtresse d'elle-même ou mieux éclairée, elle eût été toute différente ! Mais il est certain que les mots *libre*, *liberté*, ne sont pas employés par les articles 180, 181 dans cette acceptation philosophique, qui est d'ailleurs elle-même très-contestable ; ils indiquent là comme partout, dans le Code Napoléon, un certain vice du consentement, un vice spécial, et distinct soit de l'erreur, soit du dol. De l'erreur ? sans doute ; puisque les articles 180, 181 s'en occupent eux-mêmes comme d'un vice différent. Du dol ? également ; car tous conviennent que le dol n'est pas une cause de nullité du mariage.

Il faut donc reconnaître que, même d'après les articles 180, 181, il n'y a que la violence qui puisse enlever au consentement sa liberté. Le défaut de liberté, en effet, suppose une volonté contrainte, intimidée ; il suppose *necessitatem impositam contrariam voluntati* (L. 1, princ., ff. *Quod met. causa*) ; or, la séduction ne produit pas apparemment ce résultat ! elle persuade, au contraire ! elle fascine ! et la personne séduite, loin de subir une contrainte et de n'être pas libre, a souvent alors une volonté trop pleine d'ardeur et d'emportement ! La séduction et ses artifices peuvent bien égarer sa raison,

troubler et pervertir son jugement; mais sa liberté même, elle la lui laisse tout autant certes que l'erreur et le dol! La séduction, en effet, n'est-elle pas une espèce de dol? Sans doute, quelques unions déplorables pourront avoir lieu; mais la loi ne saurait empêcher absolument toutes les faiblesses. Mineurs, elle nous soumet à des conditions protectrices; majeurs, elle veille encore sur nous, par la nécessité des publications et par l'intervalle qu'il faut laisser entre elles, par l'obligation, dans certains cas, de faire des actes respectueux, par la publicité enfin de la célébration. Ce sont là autant de garanties contre les influences immorales, contre les manœuvres de la séduction. On ne pourrait pas aller au delà sans danger! Seulement, ces influences et ces manœuvres pourront aggraver toute autre cause de nullité, dont le mariage serait entaché; et c'est pour des hypothèses de ce genre, que je me montrerais moi-même sévère, si, par exemple, on était allé tout exprès célébrer le mariage en pays étranger (*supra*, n° 225); mais c'est la seule concession qui me paraisse possible (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 323, 324; Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Empêch.*, § 4, n°s 6, 7; Toullier, t. I, n° 511; Duranton, t. II, n° 54; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 59).

251. — De tous les vices du consentement, l'erreur est assurément le plus grave : *non videntur qui errant consentire* (L. 116, § 2, ff. *de Reg. jur.*)

Mais on peut se tromper de bien des manières! Est-ce à dire que toute espèce d'erreur, quels qu'en soient l'objet et le caractère, sera une cause de nullité? une telle proposition, inadmissible même dans les contrats ordinaires (art. 1110), était plus impossible encore en fait de mariage. L'intérêt de la société et des familles exigeait surtout alors que l'erreur portât sur une des conditions essentielles du contrat, pour que la loi dût en tenir compte; aussi l'article 180 ne considère comme telle que *l'erreur dans la personne.*

Erreur dans la personne! expressions équivoques, dont l'étendue et la limite sont bien difficiles à préciser.

Parcourons donc successivement les différentes espèces d'erreur, qui peuvent se rencontrer dans un mariage.

Et d'abord, que l'erreur sur *l'individu*, sur l'identité *physique* de la personne, soit exclusive de tout consentement, c'est ce qui est unanimement reconnu. Je voulais épouser Jeanne; j'ai dit *oui :* croyant Jeanne avec moi présente devant l'officier de l'état civil. La célébration terminée, on lève le voile, et j'aperçois une autre femme; nulle erreur n'est assurément plus radicale!

Mais est-ce bien là le cas, le seul cas surtout, que l'article 180 s'est proposé? Oui, a-t-on dit : car, dès l'instant où vous avez vu l'individu, la personne physique, que vous vouliez épouser, il n'y a plus d'erreur possible *dans* la personne elle-même! Toute autre erreur, après cela, ne peut porter que sur les qualités de cette personne; or, l'erreur sur les qualités n'a jamais été dans l'ancien droit, et n'est pas davantage sous le Code Napoléon, une cause de nullité de mariage (Portalis, disc. sur notre titre; tribunal civil de Bourges, 17 août 1826, Beauger, D., 1829, II, 71; Riom, 30 juin 1828, Fressange, D., 1828, II, 219; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I, p. 204, 206; *voy.* même aussi Delvincourt, t. I, p. 73, note 3).

Mais cette opinion n'est pas suivie, et ne pouvait pas en vérité l'être : 1° Il n'est pas croyable que le législateur n'ait eu en vue que l'hypothèse d'une substitution de personne opérée sous le voile au moment de la célébration, c'est-à-dire une hypothèse presque chimérique, et si difficile, qu'elle ne réussirait peut-être pas même au théâtre; 2° l'article 181 accorde à l'époux trompé six mois, non pas toujours et nécessairement à partir de la célébration du mariage, mais à partir du moment où l'erreur a été par lui reconnue; ce qui suppose que cette erreur peut se prolonger encore même après la célébra-

tion; or, l'espèce d'erreur dont il s'agit, serait toujours immédiatement découverte; 3° enfin, et pour ce qui me concerne, j'ai dit (*supra*, n° 246) que l'erreur sur l'individu empêchait la formation même du mariage, que le mariage était *nul* alors et non pas seulement annulable, et que par conséquent les articles 180, 181 ne s'appliquaient point à ce cas; or, il faut bien apparemment dès lors qu'ils s'appliquent à un autre cas, et qu'ils admettent une autre espèce d'erreur.

Et maintenant quelle sera cette autre erreur qui, n'étant pas dans l'individu considéré physiquement, portera néanmoins *dans la personne?*

Les incertitudes et les dissidences qui s'élèvent ici pourraient assurément fournir un argument très-fort à l'opinion précédente, qui n'admet que l'erreur sur la personne physique; cette opinion nous a dit que toute autre erreur que celle-là ne pouvait plus porter que sur les qualités; or, on devine bien que si l'erreur sur les qualités est effectivement une cause de nullité, le champ va devenir très-vaste, et que l'application d'une telle cause de nullité sera nécessairement très-incertaine et très-arbitraire, au gré des opinions, des sentiments, et même des impressions personnelles de chacun! Je n'hésite pas à le reconnaître, cela est vrai! cela est arrivé! Mais j'ajoute que cela est dans la nature même des choses, et qu'il y aurait encore un plus grand mal dans cette théorie absolue qui, pour se tirer d'affaire, se réfugie dans une pure abstraction, et laisse sans ressource certaines situations, très-dignes, au contraire, d'être secourues.

Il est d'ailleurs une de ces situations sur laquelle s'accordent généralement tous ceux qui ne restreignent pas l'article 180 à l'erreur sur l'individu physique. Tous, en effet, considèrent comme rentrant dans l'article 180, l'erreur qui porte sur la personne civile, sur la personne sociale, sur cet ensemble enfin de qualités qui individualise et personnifie chacun de nous, aux yeux de la loi,

dans la famille et dans la société. J'avais promis à Paul, mon vieil ami, qui habite Saint-Domingue, de donner ma fille à son fils. Je ne connaissais pas ce fils autrement que par tout ce que m'avait écrit son père. Un jeune homme se présente comme fils de Paul; il est muni de lettres, de papiers, acte de naissance et autres, qui constatent bien (en apparence) sa filiation et son identité. Je consens donc et ma fille aussi, et le mariage est célébré. Mais la fraude se découvre; cet homme n'est qu'un aventurier et un faussaire; ou même, si vous voulez, c'est un fils naturel de Paul qui a pris les noms et la place du fils légitime que j'attendais.

L'article 180 sera-t-il applicable?

Oui, répondrais-je; car, dans l'état de civilisation, l'erreur sur *la personne sociale,* sur l'identité même de la personne sous le rapport de l'état civil, doit devenir une cause de nullité. Cette solution n'est pas moins morale que logique; aussi voyez avec quel soin l'article 76 veut que l'individualité *civile* et *sociale* de chacun des époux soit constatée dans l'acte de mariage (Bourges, 6 août 1827, Beauger, D., 1829, II, 71; Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 426; Merlin, *Rép.*, v° *Empêch.*, t. IV, § 5; t. XVI, sect. v, art. 1, n° 4; et *Quest. de droit,* t. VIII, v° *Mar.*, § 9; Proudhon, t. I, p. 393; Toullier, t. I, n°s 521, 522; Duranton, t. II, n°s 60-64; Vazeille, t. I, n° 69).

252. — Mais faut-il que l'erreur soit le résultat des manœuvres frauduleuses de la partie sur l'état social de laquelle l'autre partie s'est trompée?

Dans la discussion, malheureusement très-confuse du conseil d'État sur ce point, le premier Consul insistait vivement pour qu'il en fût ainsi, et voulait que le dol fût une des conditions *sine qua non* de cette erreur (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 439).

Cette idée toutefois ne fut point admise, et on ne saurait dès lors l'ériger en principe. Il faut reconnaître pour-

tant que les magistrats ont ici un pouvoir discrétionnaire d'appréciation qui peut tenir compte de tous les faits, et que dès lors le dol pratiqué par la partie, sans être une condition nécessaire de l'erreur, en sera non-seulement une des meilleures preuves, mais même aussi un des éléments les plus sérieux, une des circonstances les plus aggravantes; il sera d'ailleurs très-rare, s'il n'est pas même impossible, qu'une telle erreur se réalise sans le dol de celui qui en sera l'objet (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 63; Valette sur Proudhon, t. I, p. 395, note *a*).

253. — Ainsi donc : pour l'erreur sur la personne physique, mariage nul; — pour l'erreur sur la personne sociale, mariage annulable.

Est-ce tout? Oh! cette fois oui, a-t-on dit : si la personne que vous avez épousée est bien 1° physiquement parlant, celle que vous avez vue; 2° civilement parlant, celle qui représente la personne sociale que vous avez agréée, il n'y a plus désormais d'erreur possible *dans la personne* elle-même. Toute autre erreur ne peut plus porter que sur les qualités; or, l'erreur sur les *qualités*, quelles qu'elles soient, physiques, morales ou sociales n'est pas une cause de nullité : j'ai cru épouser une femme bien portante, bien conformée, etc.; et ma femme est contrefaite, ou atteinte d'une affection déplorable et héréditaire, etc.; ou bien c'est une sotte au lieu d'une femme d'esprit, une veuve au lieu d'une fille, une *Messaline* à la place de la femme vertueuse que j'avais espérée; ou bien encore Sophie a surtout épousé Paul pour sa noblesse, et Paul n'est pas noble, etc. Voilà bien des erreurs et des mécomptes sans doute, dont quelques-uns sont pleins d'amertume! Et pourtant il n'y aura là aucune cause de nullité, parce que l'erreur, dans tous ces cas, ne porte que sur les qualités de la personne :

1° Tel est notre ancien droit, qui ne faisait à cette règle qu'une seule exception, savoir : lorsqu'on avait épousé une personne esclave, la croyant libre (Pothier, n°s 310,

311). 2° Tel est certainement aussi notre droit nouveau, puisque l'article 180 n'admet comme cause de nullité que l'erreur *dans la personne* elle-même. 3° L'intérêt suprême de la société exigeait qu'il en fût ainsi. On n'aurait pas pu mettre au rang des causes de nullité ces sortes d'erreurs, sans les plus grands dangers pour les familles, sans ouvrir ainsi la porte à une foule de demandes en nullité. L'application de ces principes pourra être quelquefois très-dure; mais, quelle qu'elle soit, il n'en faudra pas moins les maintenir.

Une femme épouse par erreur un forçat libéré ; et vous voulez lui ouvrir une action en nullité ! (Duranton, t. II, n° 62; D., *Rec. alph.*, v° *Mar.*, sect. 1, § 1, n° 11.)

Mais est-ce que ce n'est pas là seulement une *qualité* de la personne, une qualité morale et sociale!

Aussi Pothier ne s'y est pas trompé : « Si j'ai épousé « Marie, la croyant de bonne renommée, *quoiqu'elle ait « été flétrie par justice*, le mariage ne laisse pas d'être va-« lable.... » (N° 310.)

Une femme épouse un homme engagé par des vœux religieux, un ancien moine profès; et vous voulez encore déclarer le mariage annulable ! (Colmar, 6 déc. 1811, Catherine Karm, Sirey, 1812, II, 89; Delvincourt, t. I, p. 73, note 3; Duranton, t. II, n° 56.)

Mais c'est là encore uniquement une qualité de la personne; donc, cette erreur n'est pas une cause de nullité (comp. aussi Trib. civ., 19 août 1828, *Gazette des tribunaux* du 20 août 1828; 16 juin 1838, *Gazette des trib.* du 20 juin 1838; Trib. civ. de Montpellier, 24 fév. 1840, *Gazette des trib.* du 3 mars 1840).

Telle est la théorie de Zachariæ et de ses habiles annotateurs, MM. Aubry et Rau, qui ajoutent que, sur ce sujet, plusieurs auteurs sont arrivés à de fausses conséquences pour n'avoir pas su déterminer en quoi consiste l'erreur sur la personne civile, et tracer une ligne de démarcation bien tranchée entre cette erreur et celle qui

ne porte que sur les qualités de la personne (t. IV, p. 61).

Ce reproche est-il bien fondé? je ne le crois pas; et il me semble, au contraire, qu'il peut être à bon droit retourné contre les savants jurisconsultes que je viens de citer. N'est-il pas évident, en effet, que l'erreur sur la personne *civile*, sur la personne *sociale*, ne constitue elle-même qu'une erreur sur les *qualités civiles et sociales!* Or, vous admettez cette erreur comme cause de nullité; donc, vous reconnaissez aussi vous-même que l'erreur sur les qualités peut être telle, dans certains cas, qu'elle doive produire cet effet; donc, votre théorie se confond avec celle des auteurs que vous combattez Le reste n'est plus qu'une affaire d'application, plus restrictive de votre part, plus extensive seulement de la part des autres.

Prétendrez-vous que l'erreur sur ce qu'on appelle *la personne civile*, n'est pas seulement une erreur sur les qualités, et que la preuve en est que l'ancien droit qui ne tenait pas compte de l'erreur sur les qualités, admettait au contraire l'erreur sur *la personne civile?* (Pothier, comp., n°s 308-310.)

Entendons nous : que l'ancien droit ait confondu deux hypothèses très-différentes, c'est ce que nous avons déjà remarqué. Pour être logique et conséquent, l'ancien droit, qui n'admettait pas l'erreur sur les qualités, aurait dû ne point admettre l'erreur sur l'état social, sur la condition civile et juridique de la personne; il aurait dû décider que toutes les fois qu'on ne s'était pas trompé sur la personne même, physiquement parlant, toute erreur serait ensuite sans influence; car, encore une fois, toute autre erreur ne peut plus porter que sur les qualités sociales ou civiles, mais enfin sur les qualités de cette personne. Pourquoi donc l'ancien droit avait-il, dans ce cas, dévié de sa regle? Le premier Consul l'a fort bien remarqué : c'est qu'à cette époque, les mariages *pouvaient être contractés par procuration* (Locré, *Législ.*

civ., t. IV, p. 446), et qu'il y avait là un danger d'autant plus redouté alors, qu'il pouvait favoriser *les mésalliances* (Locré, *loc. cit.*, p. 440). Et ce danger, le voici : Un mariage est convenu entre deux familles par correspondance; Paul doit épouser Sophie; Paul et Sophie ne se sont point encore vus, et le mariage lui-même sera célébré avant qu'ils ne se connaissent; il aura lieu par procuration. Ici, vous voyez que l'erreur sur la personne physique n'est pas possible, puisque, les parties ne se connaissant pas, et ne s'étant même pas vues, elles ne peuvent point se tromper sur leur identité physique réciproque. Eh bien! supposez que Paul, au lieu d'être un enfant légitime, issu d'une famille honorable, comme Sophie l'avait cru, supposez qu'il ne soit qu'un enfant naturel, sans famille, sans parents! Le cas était trop grave pour rester sans remède, et on déclarait nul ce mariage. Mais, je le répète, et c'est une proposition que Marcadé me paraît avoir démontrée (t. II, art. 180, n° 3), ce n'était là qu'une erreur sur les qualités; et l'ancien droit, en l'admettant, faisait échec à son principe (comp. Bordeaux, 21 mars 1866, Balmette, Dev., 1866, II, 219).

Que conclure finalement de tout ceci?

C'est que l'erreur sur les qualités de la personne a été, même dans l'ancien droit, admise comme cause de nullité du mariage; c'est que l'application de ce principe n'était restreinte à une seule hypothèse que par des motifs particuliers qui n'existent plus aujourd'hui; c'est que dès lors il faut reconnaître aujourd'hui, en règle générale, que l'erreur sur les qualités peut être telle, si grave et si essentielle, qu'elle soit considérée par les magistrats comme une erreur *dans la personne,* aux termes de l'article 180.

« *Error qualitatis redundat in errorem personæ,* » dit le révérend père Daniel, dans l'article que nous avons déjà cité. (*Études religieuses, historiques et littéraires,* 1869, t. III, p. 24.)

Ce serait donc, en dernier résultat, une question de fait, ainsi que le proposait M. Regnier au conseil d État (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 440); et telle est, en ce qui me concerne, l'interprétation qui me paraît la plus logique et la meilleure : la plus logique; car dès que vous admettez une fois une certaine erreur sur les qualités comme cause de nullité (et j'ai prouvé que vous ne faites pas autre chose en accordant cet effet à l'erreur sur la personne civile), dès ce moment, dis-je, vous ne pouvez plus en faire une question de *droit*, mais uniquement une question de fait et d'application; j'ajoute : l'interprétation la meilleure; car si elle a ses dangers, ce que je reconnais, et si elle ne saurait être appliquée avec trop de réserve et de sévérité, il faut dire aussi qu'elle se recommande par beaucoup d'avantages. C'en est un, et très-grand à mon gré, que de ne pas trancher d'une manière trop absolue des questions qui dépendent nécessairement beaucoup des mœurs, des idées, des croyances, qui peuvent régner dans la société à ses différentes époques, de ne pas leur faire violence, et de ne pas engager aveuglément contre de telles résistances une lutte toujours périlleuse! Je concevrais donc bien qu'on déclarât nul le mariage qu'une femme catholique, trompée par un prêtre, aurait contracté avec lui, dans l'ignorance de son caractère, et même aussi le mariage contracté par erreur avec un forçat libéré (arg. de l'article 232). Les tribunaux auraient à considérer toutes les circonstances du fait, la position de l'époux trompé, son caractère personnel, toute la situation enfin, pour décider en fait si cette erreur a ou n'a pas en effet altéré d'une manière profonde et essentielle son consentement, si elle a enfin ou si elle n'a pas produit ce que l'article 180 appelle *erreur dans la personne*. Et j'attendrais ainsi, pour les résoudre en fait, toutes les hypothèses qu'on pourrait proposer (Valette sur Proudhon, t. I, p. 395, note *a*).

253 *bis*. — Depuis que nous avons écrit ce qui précède

(dans notre première édition), la question s'est plusieurs fois présentée; et comme nous avons eu l'honneur d'être cité dans les discussions auxquelles elle a donné lieu, nous croyons devoir laisser subsister tels que nous les avons présentés d'abord les développements que nous y avons consacrés.

Mais il est nécessaire, en outre, aujourd'hui, d'exposer les éléments nouveaux qui sont venus s'y ajouter dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Nous aurons aussi à dire quels enseignements il convient, suivant nous, d'en tirer.

D'une part, la Cour de Paris a décidé que l'erreur dans la personne, aux termes de l'article 180, n'est une cause de nullité du mariage qu'autant qu'elle porte sur une personnalité complète, soit physique, soit civile, et qu'elle soulève, dans l'un comme dans l'autre cas, une question d'identité; en conséquence, la Cour a maintenu la validité du mariage qu'une femme avait contracté avec un forçat libéré, dans l'ignorance où elle était de sa condamnation (4 févr. 1860, N..., Dev., 1860, II, 72).

Tandis que, d'autre part, des décisions ont été rendues en sens contraire :

Par le tribunal civil de Boulogne, qui a jugé que le mariage peut être annulé pour cause d'erreur dans *la personne morale*, et que, en conséquence, un mari pourrait demander la nullité de son mariage par le motif que la femme qu'il a épousée, croyant qu'elle était fille légitime des parents qui avaient figuré à l'acte de mariage comme ses père et mère, n'était, au contraire, en réalité, que leur fille adultérine (26 août 1853, Tourneur, Dev., 1854, II, 114; comp. Bordeaux, 21 mars 1866, Balmette, Dev. 1866, II, 219; Debacq, *la Conférence*, juin 1866, p. 120 et suiv.).

Et par le tribunal civil de Chaumont, qui a jugé aussi que l'erreur *dans la personne morale* peut être une cause de nullité; et que, par exemple, un mariage peut être

déclaré nul sur la demande du mari, par le motif que la femme était grosse au moment de la célébration du mariage, et qu'il avait ignoré sa grossesse (9 juin 1858, C..., Dev., 1858, II, 543).

MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing (t. I, n° 320) enseignent la doctrine qui a été consacrée par l'arrêt de la Cour de Paris; et MM. Aubry et Rau, qui l'avaient eux-mêmes enseignée déjà, viennent de la soutenir encore avec beaucoup de fermeté dans leur dernière édition sur Zachariæ (t. IV, p. 11, 12, et 60-62).

Mais une interprétation moins restrictive a été, au contraire, professée par MM. Massé et Vergé (sur Zachariæ, t. I, p. 206), par Demante (t. I, n° 262 *bis*, II, et t. II, n° 7 *bis* VI), par M. Labbé (*Journal du Palais*, 1860, p. 241, 242); et, dans son *Explication sommaire du livre I du Code Napoléon* (p. 106, 107), M. Valette maintient aussi la même interprétation, qu'il avait présentée dans ses *Annotations* sur Proudhon (*supra*, n° 253).

Enfin, depuis notre seconde édition, de nouveaux éléments encore, et des plus considérables, sont venus s'ajouter à cette thèse.

La Cour de cassation, par un arrêt du 11 février 1861, a cassé l'arrêt précité de la Cour de Paris du 4 février 1860 (Berthon, Dev., 1861, I, 241).

Mais la Cour d'Orléans, saisie de la même affaire par l'arrêt de renvoi, a consacré la doctrine qui avait été admise par la Cour de Paris (6 juill. 1861, Berthon, Dev., 1861, II, 485).

Et la Cour de cassation, saisie elle-même de nouveau, a rejeté cette fois en audience solennelle, sur les conclusions de M. le procureur général Dupin, le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Orléans; revenant ainsi à la doctrine de la Cour de Paris, dont elle avait d'abord cassé l'arrêt (24 avril 1862, Berthon, Dev., 1862, I, 341; comp. Montpellier, 1er févr. 1866, de G....., Dev., 1866, II, 325).

Quelle preuve plus grande pourrait être donnée de la difficulté de cet ardu problème !

253 *ter.* — Pour notre part, il nous serait difficile de nous rendre à la doctrine absolue, qui a fini par prévaloir.

Et d'abord, nous ne pensons pas qu'il soit exact d'assimiler, de tous points, l'erreur sur la personne physique et l'erreur sur la personne civile.

Nous savons bien que cette assimilation a été faite aussi soit par MM. Aubry et Rau, soit par M. Labbé (*loc. supra cit.*).

Mais il est notable précisément que ces honorables jurisconsultes en déduisent, chacun de son côté, des conséquences toutes contraires.

Ainsi, tandis que MM. Aubry et Rau décident que l'erreur dans la personne physique, de même que l'erreur dans la personne civile, rend le mariage seulement annulable et non pas nul;

M. Labbé décide, en sens tout à fait inverse, que l'erreur dans la personne civile, de même que l'erreur dans la personne physique, rend le mariage nul et non pas seulement annulable.

Notre avis est, au contraire, que ces deux sortes d'erreurs, malgré l'affinité qui peut exister entre elles, à certains égards, sont néanmoins différentes, et que l'une, l'erreur sur la personne physique, rend le mariage nul, tandis que l'autre, l'erreur dans la personne civile, rend le mariage seulement annulable.

Nous croyons avoir déjà démontré la vérité de cette distinction (*supra*, n° 253).

Nos savants collègues de la Faculté de Strasbourg, en convenant qu'elle serait fondée au point de vue purement philosophique, pensent que le législateur de notre Code ne l'a point admise, et qu'il a sagement fait de ne point l'admettre. La preuve qu'il ne l'a point admise résulte, disent-ils, de l'ensemble de la discussion au Conseil

d'État, et surtout de la suppression du second alinéa de l'article 146, qui portait : *Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne ;* et il eût été, en effet, contraire à l'intérêt des familles et à la morale publique que, sous prétexte d'erreur sur la personne physique, l'existence d'un mariage pût être contestée à toute époque, par toute personne intéressée, et ce, malgré une cohabitation continuée pendant plusieurs années.

Mais, en ce qui concerne la discussion au Conseil d'État, on peut voir combien peu elle a eu de netteté ! L'alinéa même d'ailleurs qui aurait pu faire obstacle à la distinction que nous proposons, a été supprimé ; et quant à l'argument déduit des conséquences regrettables que la théorie des mariages nuls peut présenter, nous le concevrions, si on niait cette théorie tout entière ! mais MM. Aubry et Rau l'admettent eux-mêmes ; et c'est ainsi, par exemple, qu'ils enseignent que la *non-existence du mariage contracté en état de fureur, de démence ou d'imbécillité, peut être invoquée en tout temps et par toute personne intéressée, soit par l'époux sain d'esprit, soit par celui qui ne l'était pas, soit, après son décès, par ses héritiers* (t. IV, comp. p. 451 et 452) ; or, au point de vue de l'intérêt des familles et de la morale publique, quelle différence y a-t-il, sous ce rapport, entre un mariage nul pour cause d'erreur sur la personne physique et un mariage nul pour cause de démence ou d'imbécillité ?

Reste donc le principe, que MM. Aubry et Rau proclament aussi, à savoir : que *l'erreur sur la personne physique est exclusive de tout consentement !* (T. IV, p. 61.)

C'est aussi ce qu'admet notre savant collègue de la Faculté de Paris, M. Labbé ; si bien qu'il demande que l'on assimile l'erreur dans la personne civile à l'erreur dans la personne physique, pour déclarer le mariage nul dans un cas comme dans l'autre.

« L'interrogation et la réponse, qui forment le mariage, portent, dit-il, non pas sur l'individu physique alors pré-

sent, quels que soient son nom et son état dans la société, mais sur une personne ayant un nom, un état, des relations précises; le mariage unit non pas des individus, qui se rencontrent par hasard ou par fraude, mais des personnes, qui ont des précédents, une condition, une existence juridique. » (*Loc. supra cit.*)

Cet aperçu est ingénieux; il a même un côté très-vrai; et on peut ajouter qu'il imprime beaucoup d'unité au système de M. Labbé.

Et pourtant, nous persistons à penser que cette complète assimilation n'est pas exacte.

Est-il exact, en effet, de dire que l'erreur dans la personne civile, de même que l'erreur dans la personne physique, soit exclusive de tout consentement? non sans doute; que le consentement n'existe pas du tout, dans le cas où l'erreur porte sur la personne physique, cela est évident; mais, au contraire, il existe un consentement tel quel, dans le cas où l'erreur porte seulement sur la personne civile; et même il se pourra que l'on reconnaisse, en fait, que cette erreur n'a pas altéré d'une manière essentielle le consentement qui a été donné.

Aussi, MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 61), malgré l'assimilation qu'ils font entre ces deux sortes d'erreurs, y reconnaissent-ils aussi pourtant cette différence que l'erreur dans la personne physique vicie nécessairement toujours le consentement; tandis que l'erreur dans la personne civile est seulement susceptible de le vicier, si elle a été la cause du mariage; il est possible, en effet, que cette erreur n'ait pas été la cause déterminante du consentement de l'autre époux, consentement que celui-ci eût peut-être néanmoins donné, en considération des qualités physiques ou morales de son conjoint, quand même il aurait connu sa véritable individualité civile. (*Voy.* à cet égard le jugement précité du trib. civ. de Boulogne, n° 353 *bis*.)

Cette différence entre l'une et l'autre espèce d'erreur a

été, en effet, reconnue dans le Conseil d'État; et nous croyons aussi qu'elle est conforme à la vérité. (Comp. Locré, *Législat. civ.*, t. IV, p. 439; Merlin, *Répert.*, v° *Empêch. de mar.*, sect. v, art. 1, n° 4, et *Quest. de Dr.*, v° *Mar.*, § 9; Toullier, t. I, n°s 521, 522.)

C'est-à-dire finalement que nous voici revenu à la proposition, qui a été notre point de départ, à savoir : que l'article 146 s'occupe de l'erreur qui rend le mariage nul, parce qu'elle porte sur l'individu, c'est-à-dire sur l'objet même du contrat, *in ipso corpore!* tandis que l'article 180 s'occupe de l'erreur qui rend le mariage annulable, parce qu'elle porte sur la personne, c'est-à-dire sur certaines qualités de l'individu, qui fait l'objet du contrat.

Mais dans quels cas et sous quelles conditions l'erreur sur les qualités de la personne sera-t-elle de nature à vicier le consentement?

D'après une doctrine très-avancée, qui s'est, dans ces derniers temps, produite, toute espèce d'erreur, quelle qu'elle fût, pourrait avoir cet effet, lors même qu'elle n'aurait porté que sur *la personne morale*, que sur *les qualités morales de la personne*.

Nous n'avons, pour notre part, jamais été jusque-là ; et voici ce que nous écrivions dans notre première édition :

« Sans doute, l'erreur sur certaines qualités de la personne peut constituer cette erreur dans la personne elle-même, qui, d'après l'article 180, rend le mariage annulable ; mais encore faut-il que l'erreur ait porté sur des qualités, *qui affectent la personne elle-même considérée dans son individualité, dans sa personnalité, je dirais presque extérieure.* » (*Voy.* le tome II, n° 399.)

Toutefois, nous n'hésitons pas à ajouter que les expressions dont nous nous sommes servi pour résumer notre doctrine (au n° 253), ont pu justement paraître trop générales ; et il est nécessaire que nous les précisions davantage.

Et d'abord, qu'il faille considérer comme une erreur dans la personne, d'après l'article 180, celle qui porte sur l'ensemble des qualités constitutives de la personnalité civile, c'est là un point désormais presque unanimement reconnu; remarquons seulement que cette erreur a ceci de particulier, que, encore bien qu'elle ne soit pas exclusive de tout consentement, elle a pourtant, à certains égards, pour objet l'individualité de la personne elle-même, puisqu'elle porte sur les qualités constitutives de cette individualité.

Mais ce n'est pas tout; et nous considérons aussi comme une erreur dans la personne, aux termes de l'article 180, celle qui porte sur les qualités substantielles de la personne considérée dans son aptitude à remplir la fin que se propose essentiellement le mariage.

C'est ainsi que, d'après les principes du droit commun des conventions, l'erreur est une cause de nullité, lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose, qui en est l'objet, c'est-à-dire sur les qualités substantielles, que les parties ont eu essentiellement en vue; sans lesquelles l'objet du contrat serait impropre à la destination, que ces parties se proposaient d'obtenir; et qu'il se trouverait finalement n'être pas l'objet, sur lequel elles ont voulu traiter (art. 1199; comp. notre *Traité des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, n° 109).

Et maintenant, quelles sont, en fait de mariage, les qualités qui doivent être considérées comme substantielles dans la personne, qui est elle-même ici l'objet du contrat?

Demante a fait cette réponse excellente, et nous l'adoptons, pour notre part, de tous points, *que ce sont les qualités qui rendent l'individu habile au mariage et qui en font une personne mariable* (t. I, n° 262 *bis*, III).

L'erreur sur ces sortes de qualités pourra donc être une cause de nullité, s'il est reconnu qu'elle a été déterminante.

Toute autre erreur, au contraire, qui ne porterait que sur des qualités qui n'auraient point de rapport avec l'aptitude au mariage, ne sera pas une cause de nullité.

Ainsi, d'une part, l'impuissance de l'un des époux, ignorée de l'autre, constituera une erreur sur une qualité substantielle, si elle est reconnaissable ; ce n'est, en effet, que pour cause d'erreur dans la personne, en vertu de l'article 180, que la nullité du mariage pourrait alors être demandée, puisque notre Code ne s'est pas spécialement occupé de l'impuissance. Aussi, la doctrine, d'après laquelle l'erreur sur la personne n'existe qu'autant qu'elle tombe sur la personnalité complète, et qu'elle soulève une question d'identité, cette doctrine est-elle obligée de décider que l'impuissance même la plus manifeste et la plus honteuse de l'un des époux, lors même qu'elle aurait été ignorée de l'autre époux, ne serait pas une cause de nullité ! or, ce n'est pas là l'une des moindres objections qu'elle soulève ! (*Infra*, n° 254.)

On pourrait aussi, suivant nous, trouver une cause de nullité dans l'erreur d'une femme qui aurait épousé un prêtre, dont elle ignorait la condition ; ce n'est pas que la prêtrise soit, à nos yeux, un empêchement de mariage (*supra*, n° 131) ; mais telle n'est pas ici la question ; il s'agit de savoir si, pour cette femme catholique, l'homme, qu'elle a épousé, n'est pas destitué de l'aptitude au mariage, et si le consentement qu'elle a donné en vue d'un mariage légitime, n'est pas essentiellement vicié par une erreur, qui en fait, pour elle, dans sa conscience et devant sa religion, un adultère intolérable ! (Comp. Tribun. civ. d'Agen, 6 juill. 1860, Taillandier, Dev., 1860, II, 357.)

Nous persistons également à croire que l'on pourrait, suivant les cas, considérer comme une cause de nullité l'erreur de la femme, qui aurait épousé un forçat libéré; car, même au point de vue de l'aptitude au mariage, s'il est vrai que le forçat libéré n'en soit pas privé, du moins

est-il certain que les déchéances et les incapacités, dont il est atteint, ont amoindri et, pour ainsi dire, mutilé sa personnalité civile, et qu'il n'est pas dès lors, civilement, comme a très-bien dit M. Labbé, *un homme complet*, habile à remplir les divers devoirs qui résultent de l'état de mariage et de la famille. (*Voy.* un article de M. Pont, dans *la Revue crit. de Législat.*, 1861, t. XVIII, p. 193 et 289.)

Les solutions, qui précèdent, nous paraissent conformes aux principes; et nous sommes d'autant plus porté à les maintenir qu'elles sont énergiquement réclamées par la conscience publique; d'autant plus encore que plusieurs pensent que si l'erreur, dans ces différents cas, n'était pas une cause de nullité du mariage, elle ne pourrait pas même être une cause de séparation de corps! (*Voy.* le tome II, n° 392.)

Mais, d'autre part, nous ne croyons pas que l'on dût voir une cause de nullité du mariage dans l'erreur d'un homme, qui, croyant épouser une femme pure, aurait épousé une femme de mœurs perdues, fût-elle même enceinte lors de la célébration du mariage; — ni dans l'erreur d'une femme qui aurait épousé un étranger, croyant épouser un Français; — ni même dans l'erreur d'un mari ou d'une femme, qui, croyant que son futur conjoint était un enfant légitime, aurait épousé un enfant naturel, ou même incestueux ou adultérin.

Ces sortes d'erreurs, en effet, ne sont pas substantielles, en ce sens qu'elles ne sont, sous aucun rapport, exclusives de l'aptitude complète au mariage lui-même; et elles ne paraissent pas, dès lors, constituer une erreur dans la personne, dans le sens de l'article 180.

Voilà, finalement, la doctrine qui nous paraîtrait la plus sûre en cette grave et délicate matière; et ce qui nous y affermit de plus en plus, c'est que nous nous trouvons, du moins quant aux résultats les plus importants, en conformité d'opinion avec notre savant et regretté

maître, Demante (*loc. supra cit.;* comp. aussi M. Labbé, *loc. supra cit.*).

253 *quater.* — Au reste, il est, au milieu de toutes ces controverses, une proposition qui paraît avoir été considérée comme certaine dans le Conseil d'État, et que nous croyons, en effet, qu'il faut tenir pour telle, c'est que lorsque l'un des époux vient à perdre, après la célébration du mariage, l'une des qualités même substantielles qu'il possédait au moment de la célébration, cette circonstance ne saurait devenir, après coup, une cause de nullité.

C'est ainsi, comme a dit M. Réal, que si l'un des époux, qui, au moment du mariage, avait la possession d'état d'enfant de tels parents, était déclaré ensuite, par jugement, appartenir, au contraire, à d'autres parents, le mariage n'en demeurerait pas moins valable (comp. Locré, *Législ. civ*, t. IV, p. 441).

A fortiori, l'impuissance de l'un des époux survenue depuis le mariage ne saurait-elle être une cause de nullité (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, tome I, n° 320).

254. — Nous venons de parler de l'impuissance; et nous avons dit que, suivant nous, quoiqu'elle ne soit pas nécessairement, en soi, un empêchement (*supra*, n° 12), elle pouvait être, suivant les cas, une cause de nullité du mariage (*voy.* les citations, *supra*, n° 11).

Cette question toutefois est, entre toutes les autres, particulièrement controversée; et trois opinions se sont produites :

La première répond toujours négativement, quels que soient l'origine et le caractère de l'impuissance, naturelle ou accidentelle, invisible ou manifeste : 1° le Code Napoléon a taxativement déterminé les causes de nullité du mariage; or, nulle part il n'a rangé l'impuissance au nombre de ces causes; donc, elle ne saurait être admise; 2° l'intention du législateur, à cet égard, s'est plusieurs fois révélée d'une manière non équivoque, soit dans la

discussion du titre *du Divorce*, où l'impuissance, présentée d'abord seulement comme une cause de divorce (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 85), n'a pas même été, en définitive, admise à ce titre (art. 229-233 ; Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 291), soit surtout dans la discussion du titre *de la Paternité et de la filiation* (art. 312 ; Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 35) ; 3° ne dites pas que l'impuissance constitue une *erreur dans la personne*, et que la demande en nullité repose dès lors sur l'article 180 ; car ce ne serait là qu'une erreur sur les qualités physiques de la personne, mais non point dans la personne elle-même ; 4° c'est avec raison d'ailleurs que le Code Napoléon a rendu désormais impossibles ces procès déplorables. Il est vrai que déjà, par son arrêt du 18 février 1677, le parlement de Paris avait proscrit la scandaleuse épreuve du congrès (Pothier, n° 458 ; Merlin, *Rép.*, t. II, v° *Congrès*, n° 3). Mais la visite par les experts et par les matrones, si révoltante encore pour la pudeur, n'arrivait qu'à des conclusions incertaines, et le plus souvent ensuite démenties par les faits. L'impuissance accidentelle résultant, par exemple, d'une amputation, serait sans doute plus susceptible d'être constatée ; mais, d'une part, quel que soit le mérite de cette distinction, et fût-elle d'ailleurs très-raisonnable, la loi ne l'ayant pas faite, il ne nous est pas possible de modifier les termes absolus de son texte; et, d'autre part, il y a toujours une difficulté de preuve commune à tous les cas d'impuissance. Que ferez-vous, en effet, si l'époux accusé d'impuissance ne veut pas se soumettre à la visite? Suffira-t-il qu'il avoue ou qu'il fasse défaut? mais ce serait introduire le divorce par consentement mutuel! — Tout cela prouve que la loi a sagement fait de n'admettre, en aucun cas, cette cause de nullité (Gênes, 7 mars 1811, Gazzone, Sirey, 1811, II, 193; Riom, 30 juin 1828, Fressange, D., 1828, II, 221; Besançon, 28 août 1840, Époux N..., Dev., 1840, II, 444; Toulouse, 10 mars 1853, Cazaugran, *J. du P.*,

1859, p. 553; Chambéry, 28 janv. 1867, Dev., 1867, II, 61; Nîmes, 29 nov. 1869, X, Dev., 1870, II, 78; O., *Rec. alph.*, v° *Mar.*, sect. I, art. 2, § 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 90-92; comp. aussi Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 319, note 1).

Une seconde opinion, invoquant surtout l'article 312, semble distinguer entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle : la première ne serait jamais une cause de nullité du mariage, lors même qu'elle résulterait manifestement d'un vice extérieur de conformation. Il en serait autrement de la seconde, dans le cas où elle serait, bien entendu, antérieure à la célébration, et rendrait la personne évidemment incapable de remplir le but du mariage (Toullier et Duvergier, t. I, nos 525, 526; Duranton, t. II, nos 67-71).

Enfin, la troisième opinion, que je partage, enseigne que l'impuissance est une cause de nullité, toutes les fois qu'elle est extérieure et manifeste, sans distinguer alors si elle résulte d'un défaut naturel de conformation, ou d'un accident postérieur. — Et d'abord, que l'époux, ainsi trompé, puisse soutenir que son consentement est entaché d'une *erreur dans la personne*, c'est la conséquence logique de l'article 180, tel que nous l'avons expliqué. En vain on objecte que l'erreur ne porte alors que sur les qualités physiques! j'ai déjà répondu que l'erreur dans la personne était finalement toujours, d'après l'article 180, le résultat de l'erreur sur les qualités, et qu'il appartenait aux tribunaux d'apprécier dans quels cas l'erreur sur les qualités avait un degré de force assez considérable pour devenir erreur dans la personne; or, telle est certainement l'espèce d'erreur qui nous occupe! Les discussions du Conseil d'État rappelées plus haut ne sauraient détruire cet argument; c'est même dans l'une d'elles que le premier Consul, parlant de l'impuissance, s'écria : « La matière du mariage manque alors! » C'était aller trop loin sans doute (*supra*, n° 12); mais ces

expressions même attestent que l'autorité d'une simple discussion n'est pas ici, plus qu'ailleurs, irréfragable.

Ne serait-il pas d'ailleurs inique, et souvent même immoral, de maintenir le mariage contracté par une personne avec un individu dont les organes sexuels seraient dans un état d'imperfection patent et certain? Remarquez bien, en effet, que je n'admets pas comme cause d'erreur cette prétendue impuissance naturelle, qu'on attribuerait seulement à la faiblesse, à *la frigidité* de la constitution; l'incertitude, ou plutôt même l'impossibilité de la preuve sont, après bien des scandales, aujourd'hui reconnues. Je ne parle que d'une impuissance démontrée par l'état extérieur et apparent de la personne. A la vérité, je ne distingue plus alors si cet état est *naturel* ou *accidentel;* cette distinction, on pourrait concevoir que la loi l'eût faite dans l'article 313, et qu'elle n'eût pas voulu écouter l'odieux désaveu formé par un mari, qui viendrait dire lui-même qu'il était, en se mariant, dans un état d'impuissance démontrée! et encore, verrons nous que cette doctrine elle-même soulève les objections les plus graves. Mais ici, c'est contre l'époux impuissant que la demande en nullité est dirigée par l'époux trompé; et dès lors il n'y a aucun motif pour distinguer entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle, puisque, dans les deux cas, la preuve en sera également possible et certaine.

Mais c'est là précisément qu'on m'arrête! Que ferez-vous, si le défendeur refuse de se laisser visiter?

Je réponds d'abord que ce n'est point là une difficulté nécessaire et inévitable; supposez, en effet, que le défendeur se soumette à la visite, et que le rapport des gens de l'art constate, de la manière la plus péremptoire, un vice patent et radical de conformation. Votre objection nous empêchera-t-elle alors d'atteindre notre but, c'est-à-dire la nullité du mariage? non sans doute. Je conviens pourtant qu'il pourra arriver le plus souvent, en pareil

cas, que le défendeur fasse défaut, ou que même, en concluant et en protestant, il ne veuille pas accepter cette humiliante épreuve. Comment sortir d'embarras? le fera-t-on visiter de vive force?... pourquoi pas? est-ce que les ordres de la justice ne doivent pas être exécutés toutes les fois qu'ils peuvent l'être? Il ne s'agit pas d'un fait actif, à l'égard duquel la contrainte n'est pas possible; il s'agit d'un fait passif, d'un acte de soumission, de résignation. Est-ce qu'en matière criminelle, ces sortes de visites ne sont pas quelquefois ordonnées, par exemple, contre des individus accusés de viol, et dont il est nécessaire de connaître l'état, parce qu'une maladie aurait été communiquée à la victime? Est-ce que ces visites n'ont pas lieu forcément encore pour l'exécution des lois sur le recrutement de l'armée ou sur les douanes? Pourquoi donc en serait-il autrement dans notre hypothèse? En vertu de quel privilége le défendeur pourrait-il, par son refus, arrêter ici l'exécution d'un ordre de la justice, et rendre l'instruction du procès, et par suite l'administration de la justice impossible? — Je me hâte pourtant de le dire, ce moyen est unanimement repoussé; et je conviens aussi de tout ce qu'il a de fâcheux, de violent, de contraire à nos usages et à nos mœurs. Eh bien! on cherchera la vérité par tous les autres moyens qui peuvent, en pareil cas, la découvrir, par les enquêtes, par la comparution des parties en personne, par l'interrogatoire sur faits et articles, etc. L'expérience des magistrats saura bien reconnaître si la demande est sérieuse, ou ne cache qu'un projet de divorce par consentement mutuel; et en tous cas, s'ils doutent, ils maintiendront le mariage. Mais je n'en persiste pas moins à croire que si, au contraire, la preuve de l'impuissance est acquise, ils devront en prononcer la nullité (Trèves, 27 janv. 1808, N. N......, Sirey, 1808, II, 214; Trèves, 1er janv. 1808, N......, Sirey, 1811, II, 401; Pothier, n° 445; Merlin, *Rep.*, t. XVI, v° *Impuissance*, n° 2, et v° *Mar.*, sect. VI, § 2,

1[re] quest. sur l'article 181; Vazeille, t. I, n° 93; Valette sur Proudhon, t. I, p. 395, note *a;* Zachariæ. Massé et Vergé, t. I, p. 171; Demante, t. I, n[os] 225 *bis*, IV, et 262 *bis*, III; Rodière, *Observations* sur l'arrêt précité de la Cour de Toulouse, *J. du P.*, 1859, p. 553; Bonnier, *Traité des preuves*, t. I. n° 110, 4[e] édition, 1873).

255. — J'ai dit plusieurs fois que le Code Napoléon détermine limitativement les causes de nullité de mariage; or, il ne met pas le dol au nombre des vices qui peuvent faire annuler le consentement; donc, le dol, en cette matière spéciale, n'est pas une cause de nullité; disposition très-sage et très-nécessaire :

1° Le dol en général, c'est-à-dire les manœuvres, les artifices, par lesquels une partie parvient à obtenir le consentement de l'autre, le dol n'altère pas, à beaucoup près, ce consentement comme la violence, ni surtout comme l'erreur. La vérité est que la partie amenée même par dol à vouloir et à consentir, a bien et dûment voulu et consenti. Elle s'en repent!... c'est possible. — La convention est moins bonne qu'elle ne l'espérait! soit. Mais enfin c'est bien toujours finalement cette convention qu'elle a acceptée. — Aussi, même dans les contrats ordinaires, le dol ne produit-il pas véritablement une cause de nullité; et la preuve en est que s'il n'a pas été pratiqué par l'une des parties contractantes, le contrat sera valable et maintenu (art. 1116). C'est donc seulement une action en dommages-intérêts qu'il engendre, c'est-à-dire une action en indemnité pécuniaire; cette action produit, il est vrai, la rescision du contrat lorsqu'elle est dirigée contre la partie contractante qui a pratiqué le dol; mais la rescision elle-même n'est alors réellement prononcée qu'à titre de dommages-intérêts, et comme la réparation la plus exacte du préjudice causé par le contrat; or, on conçoit qu'une action en dommages-intérêts, c'est-à-dire en réparation pécuniaire, est ici de tous points impossible; donc, la rescision du contrat, qui n'en est que l'é-

quivalent et le moyen, ne saurait avoir lieu. (Comp., sur cette explication, notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. I, n° 148.)

2° Ce qu'on appelle *dol* d'ailleurs est si difficile à caractériser! la bonne foi complète, la loyauté absolue sont si rares! Il faut donc toujours faire la part d'un certain alliage, du *dolus bonus*, comme on dit (ff. *de Dolo Malo*), toujours, et surtout peut-être dans le mariage! C'est Loysel encore qui l'a dit : « En mariage, trompe qui peut. » (T. I, p. 145, édit. de MM. Dupin et Laboulaye.) Si le dol a produit *l'erreur dans la personne,* il en sera une circonstance aggravante. Mais hors de là, que peut-il faire? vous tromper seulement sur les qualités; or, l'erreur sur les qualités, qui ne dégénère pas en erreur sur la personne, n'est pas une cause de nullité du mariage. (Comp. Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 106.)

256. — A plus forte raison en est-il ainsi de la *lésion,* dont notre titre ne dit rien, et qui d'ailleurs n'est que très-rarement, même dans les contrats ordinaires, une cause de nullité (art. 1118). La lésion, en ce qui concerne la personne, ne pourrait être que l'erreur; et ainsi entendu, le mot *lésion* serait complétement détourné de son acception juridique. — Appliqué à la fortune de l'un des époux, il reprendrait sa signification; mais la lésion alors ne pourrait jamais devenir une cause de nullité du mariage lui-même, et elle ne pourrait entraîner que très-rarement la rescision des conventions matrimoniales (art. 1309).

257. — Maintenant, par qui cette nullité est-elle proposable?

Par les époux, ou par celui des deux seulement dont le consentement a été le fruit de la violence ou de l'erreur. L'article 180 est conçu, à cet égard, en termes évidemment limitatifs : « Le mariage *ne peut être attaqué que* « par les époux, ou par celui des deux dont le consente-

« ment n'a pas été libre.... *que* par celui des deux époux « qui a été induit en erreur. »

Pourquoi? Est-ce parce que l'époux est le seul qui puisse en effet savoir si sa volonté n'a pas été suffisamment libre et éclairée? ce motif a sans doute une certaine valeur; mais pourtant il ne suffirait pas; car nous verrons que, dans les contrats ordinaires, il n'empêche ni les héritiers, ni même les créanciers de l'une des parties contractantes, d'attaquer la convention pour cause d'erreur, de dol ou de violence, du chef de leur auteur ou de leur débiteur.

Est-ce parce que si l'époux lui-même garde le silence, on doit présumer, soit qu'il n'y a eu ni violence ni erreur, soit du moins qu'il renonce à l'action en nullité qui lui appartenait, et que, dans l'une et l'autre supposition, il est raisonnable de n'accorder alors cette action en nullité à personne? Ce motif est aussi très grave; mais remarquons encore pourtant qu'il ne serait pas toujours non plus péremptoire; car il ne saurait être invoqué, par exemple, dans le cas où l'époux serait décédé avant d'avoir recouvré sa liberté ou découvert son erreur (*infra*, nº 258).

Je ne refuse donc pas le secours de ces motifs, qui, dans ce sujet, ont pu avoir en effet, aux yeux de la loi, plus de gravité que partout ailleurs; mais finalement j'ajoute que s'ils ont pu inspirer, à certains égards, la disposition de l'article 180, cette disposition n'en est pas moins absolue et indépendante de l'existence de ces différentes considérations. Elle doit donc être appliquée toujours dans toute sa généralité.

Personne donc autre que l'époux lui-même ne peut former cette action en nullité : ni son conjoint, ni ses ascendants (Delvincourt, t. I, p. 73, note 4), ni ses créanciers (art. 1166, *in fine*; comp., notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, nº 66).

258. — Mais en est-il ainsi même de ses héritiers?

Cette question peut s'élever dans deux cas :

1° Lorsque l'époux est mort dans le délai utile pour intenter sa demande (art. 181), mais sans l'avoir intentée lui-même;

2° Lorsqu'il est mort pendant l'instance, après avoir lui-même formé sa demande dans le délai utile.

La difficulté me paraît sérieuse dans les deux hypothèses :

1° Les héritiers peuvent-ils commencer l'instance et introduire eux-mêmes l'action en nullité, lorsque l'époux est mort dans le délai utile sans l'avoir formée?

L'affirmative serait assurément très-soutenable : En principe, les héritiers succèdent *à tous les biens, droits et actions du défunt* (art. 724); or, l'action en nullité du mariage était encore dans ses biens; elle faisait partie de ses droits; donc, elle passe à ses héritiers. Remarquez qu'ils ne demandent point à l'exercer comme une action qu'ils auraient de leur propre chef! on ne peut donc pas leur opposer les articles 184 et 187, qui déterminant dans quels cas les parents des époux auront l'action en nullité, n'y comprennent pas en effet l'action dont il s'agit. L'article 184 organise, au profit des collatéraux personnellement une action directe, une action qui leur appartient toutes les fois qu'ils ont intérêt et lors même qu'ils ne seraient pas héritiers de l'époux; ici, au contraire, c'est comme héritiers de l'époux, c'est comme ses représentants, et en vertu par conséquent de l'article 180, qu'ils peuvent agir. Nous voyons d'ailleurs les héritiers succéder à des actions qui auraient pu paraître plus personnelles encore, comme, par exemple, l'action en désaveu (art. 317). Cette solution enfin n'est-elle pas éminemment juste et morale? Supposez, par exemple, que l'époux est mort avant d'avoir découvert son erreur ou recouvré sa liberté; voilà même ses héritiers qui demandent à prouver qu'il a succombé aux suites des violences exercées sur sa personne! certes on ne peut alors suppo-

ser aucune espèce de ratification de la part de l'époux décédé; l'action est bien là, entière et intacte, dans sa succession; et la preuve pourtant serait impossible! et le mariage inattaquable, quoique l'époux victime fût mort peut-être quelques jours seulement après la célébration! Une telle impunité ne serait-elle pas déplorable?

J'hésite encore; mais finalement le texte absolu de l'article 180 et la théorie spéciale de tout ce chapitre me porteraient à refuser l'action aux héritiers : la pensée de la loi me paraît avoir été de rendre exclusivement personnelle à l'époux cette action en nullité, fondée en effet sur une cause qui n'intéresse directement que lui-même, dont il est sinon le seul juge possible, du moins certes le meilleur juge, et à laquelle enfin il a pu vouloir renoncer, lors même qu'il est mort avant l'expiration du délai utile pour l'intenter. Tous ces motifs réunis ont déterminé la disposition absolue de l'article 180; et elle doit dès lors être maintenue, dans le cas même où ces motifs sembleraient manquer. Il sera fâcheux sans doute que le mariage ne puisse pas être attaqué par les héritiers, si en fait l'époux est décédé avant la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence. Mais ce sont là des hypothèses assez rares; et, en revanche, l'article 180 pourra prévenir beaucoup de procès téméraires et déplorables, qui seraient intentés après la mort de l'un des époux par des *collatéraux turbulents* (Tronchet, Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 412 et 558; Toullier, t. I, n° 611; Duranton, t. II, n° 270; Vazeille, t. I, n° 258; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 63; Massé et Vergé, t. I, p. 206; Demante, t. I, n° 262 *bis*, V; Valette, *Explic. somm. du liv. I du Code Nap.*, p. 107).

259. — 2° Les héritiers qui ne peuvent pas commencer l'action, ont-ils du moins le droit de la continuer, lorsque l'époux, après l'avoir lui-même introduite, est décédé pendant l'instance?

Oui, a-t-on répondu : en règle générale, l'action soit

temporaire, soit personnelle, une fois intentée en justice, se perpétue et se transmet aux héritiers : « Omnes ac« tiones, quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ « judicio, salvæ permanent. » (L. 139, ff. *de Reg. jur.*) — « Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas, « et in hæredem, similesque personas transire. » (L. 58, ff. *de Oblig. et act.*); et les articles 330 et 957 attestent que le Code Napoléon a, comme le droit romain, consacré aussi ce principe (Duranton, t. II, n° 271; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 611, note 4; Vazeille, t. I, n° 258; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 63; Massé et Vergé, t. I, p. 206; Demante, t. I, n° 262 *bis*, V.)

Marcadé (t. II, art. 180, n° 6) a suivi le sentiment contraire : l'action, dont il s'agit, est personnelle à l'époux; elle est intransmissible; telle est la règle (art 180); or, aucun texte n'y déroge pour le cas particulier où cette action aurait été introduite par l'époux lui-même avant son décès. Et deux réponses se présentent pour réfuter l'argument tiré des articles 330 et 957. La première : c'est qu'en admettant même que, dans ces deux cas, il s'agisse d'actions qui seraient intransmissibles par leur nature, et qui, une fois intentées, deviendraient ainsi transmissibles, ce seraient là deux dispositions particulières, insuffisantes pour établir une règle générale, et qu'on ne saurait surtout étendre par analogie au titre du mariage, où les actions en nullité sont limitativement déterminées. La seconde : c'est que dans les deux cas prévus par les articles 330 et 957, il ne s'agit même pas d'actions intransmissibles, et qu'il n'y a dès lors entre ces hypothèses et la nôtre aucune espèce d'analogie; en effet, d'une part, l'action en réclamation d'état passe aux héritiers de l'enfant, toutes les fois que la loi ne présume pas qu'il y ait lui même personnellement renoncé; or, il est évident qu'il n'y a pas renoncé, quand il meurt en plein procès! donc, ses héritiers ont alors l'action; mais ils l'ont, non pas uniquement parce qu'elle a été inten-

tée, mais parce qu'ils pouvaient l'avoir même indépendamment de cette circonstance (comp. art. 328-330). D'autre part, lisez bien l'article 957; et vous verrez que, malgré la forme ambiguë et inexacte de sa rédaction, les héritiers du donateur ont tout autant de droit que le donateur lui-même, en ce qui concerne l'action en révocation de la donation pour cause d'ingratitude du donataire : donc, cette action est transmissible; donc, nulle analogie avec notre hypothèse, où l'action est au contraire intransmissible.

Je crois, avec les auteurs cités plus haut, que les héritiers de l'époux peuvent continuer l'action par lui introduite.

Mais c'est là une opinion, j'en conviens, contestable, et qui a besoin d'être défendue. Voilà déjà un assaut qui a, sinon détruit, du moins démantelé deux de ses positions; car, sans abandonner complétement l'analogie déduite des articles 330 et 957, je n'hésite pas à dire moi-même que cette analogie n'est pas telle qu'on l'avait présentée, et ne saurait être ici décisive. Ce n'est pas tout encore; le fondement principal de ce système repose sur la règle romaine :

« Actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel « inclusæ judicio, salvæ permanent. » (L. 139, ff. *de Reg. jur.*)

Mais cette règle était, à Rome, le résultat de l'espèce de novation que produisait la *litis contestatio*, laquelle effectivement engendrait entre les parties une obligation particulière et nouvelle : « Incipit teneri reus litis con- « testatione » (Gaius., *Comm*, lib. III, § 180. — L. 29, ff. *de Novat.*); or, la demande en justice ne produit pas, chez nous, d'effet semblable; donc, la base même de cette opinion se trouve ainsi ruinée. Il est vrai que la demande en justice perpétue, même encore aujourd'hui, l'action qui n'était que temporaire. Mais pourquoi? est-ce parce qu'elle change son caractère? est-ce par l'ef-

fet d'une *novation?* non, sans doute; c'est uniquement parce que la prescription est interrompue, tant que dure l'instance (art. 2242-2244); c'est parce que le droit exercé ne peut périr par la prescription, qui ne résulte que du défaut d'exercice du droit. Très-bien pour la durée de l'action! mais sa nature, son caractère ne sont pas changés; et on ne voit pas sur quoi on se fonderait pour dire qu'une action intransmissible avant l'instance, deviendrait transmissible après!

Nous avons, dans notre sujet même, plus d'un exemple du contraire.

Le demandeur en opposition à un mariage meurt pendant l'instance; ses héritiers ne pourront pas la suivre (*supra*, n° 171). Un père a demandé la nullité du mariage de son fils mineur, qui n'a pas obtenu son consentement; le père meurt pendant l'instance; ses héritiers pourront-ils la suivre? Non, répondent les partisans mêmes de la loi 139, ff. *de Reg. jur.* (Duranton, t. II, n° 290; Vazeille, t. I, n° 267; Zachariæ, t. III, p. 258; *voy.* aussi Valette sur Proudhon, t. I, p. 433, note *a*, 111); donc, une action purement personnelle ne devient point transmissible, même lorsqu'elle est intentée; or, l'action en nullité fondée sur les vices du consentement de l'un des époux, est purement personnelle à cet époux.

Ces motifs sont fort graves; et j'ai voulu moi-même les mettre en relief.

Voici néanmoins pourquoi finalement ils ne m'empêchent pas d'accorder aux héritiers le droit de suivre l'instance : la règle est que les héritiers succèdent à tous les droits et actions de leur auteur (art. 724); or, l'article 180 n'y déroge que pour réserver à l'époux lui-même le droit d'*attaquer* le mariage, c'est-à-dire le droit de commencer l'attaque; donc, on doit rentrer dans la règle, lorsque les héritiers ne demandent qu'à la continuer. — Direz-vous que c'est là un argument tiré judaïquement des mots? — Il me semble, au contraire, que

la différence entre ces deux cas s'explique par des considérations fort raisonnables : quels que soient les motifs pour lesquels la loi a refusé aux héritiers le droit de commencer l'action, aucun de ces motifs n'existe désormais, quand une fois l'action a été commencée par leur auteur. Il est certain alors 1° qu'il a déclaré lui-même les vices de son consentement; 2° qu'il n'a pas renoncé à son action en nullité; tout au contraire! Pourquoi donc alors ne pas permettre aux héritiers de la suivre? C'est bien assez vraiment qu'ils ne puissent pas la commencer, lors même que l'époux est mort sans avoir recouvré sa liberté! n'allons pas du moins jusqu'à dire que son action intentée doit mourir avec lui, la veille du jour peut-être où toutes les preuves étant faites, le mariage allait être annulé. — Mais l'héritier de l'opposant ne peut pourtant pas suivre l'instance en opposition? — Non, parce que, bien que la loi n'ait en général conféré le droit de former opposition qu'aux personnes intéressées à empêcher le mariage, c'est aussi dans l'intérêt public et en vertu d'une sorte de mandat, qu'elle leur a conféré ce droit; or, le mandat est essentiellement personnel (art. 2003). J'explique de la même manière pourquoi l'action en nullité intentée par les ascendants ou par le conseil de famille, dans le cas de l'article 182, ne peut pas être continuée; car c'est là encore une sorte de mandat conféré par la loi, c'est l'exercice légal de l'autorité paternelle; c'est un acte de tutelle; et, sous tous ces rapports, cette action est nécessairement toujours intransmissible (art. 419). Mais tel n'est pas le caractère de la demande en nullité formée par l'époux lui-même à raison des vices de son consentement; cette cause de nullité, introduite dans son intérêt, repose sur un droit qui lui est propre, et qui, finalement, dès qu'il est exercé, fait partie de sa succession (comp. Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 107).

260. — Lors de la discussion de l'article 180, quel-

ques voix s'élevèrent pour demander que l'action en nullité fondée sur cet article, ne fût accordée qu'à l'époux majeur; et la première rédaction était même conforme à cette idée. Le consentement du mineur, disait-on, est garanti par celui de ses ascendants et de sa famille. Mais c'était confondre deux conditions distinctes et également nécessaires : le consentement des futurs époux et celui des ascendants ou de la famille; confusion d'autant plus fâcheuse, qu'il pourrait arriver que les ascendants ou la famille eussent abusé de leur autorité pour contraindre la volonté de l'enfant ou pour l'induire en erreur. Il était donc nécessaire d'accorder à l'époux lui-même, dans ce cas comme dans tous les autres, l'action en nullité fondée sur les vices de son consentement personnel. Aussi la disposition, qui la lui refusait, a-t-elle été retranchée (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 412).

La seule question est donc de savoir comment l'époux devra procéder, s'il est encore mineur au moment où il voudra former son action. Le mariage produit l'émancipation (art. 476); donc, il devra agir comme un mineur émancipé, avec l'assistance de son curateur (art. 482). A la vérité, c'est son mariage, c'est-à-dire la cause même de son émancipation qu'il attaque. Mais le mariage subsiste, tant qu'il n'est pas annulé; et il me semble que l'époux doit dès lors procéder suivant l'état, qui est le sien, quant à présent (Turin, 14 juill. 1807, Marie Colombe Impérial, Sirey, 1808, II, 43; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, 3ᵉ quest. *sur l'article* 180; Vazeille, t. I, n° 257; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 63).

261. — Reste à savoir comment cette première nullité relative peut se couvrir.

En général, les vices qui rendent une convention annulable peuvent être purgés 1° par la ratificatian tacite; 2° par la ratification expresse; 3° par la prescription; — c'est-à-dire lorsque cette convention a été approuvée *soit*

expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixée par la loi (art. 1115, 1304, 1338). Recherchons si et comment ces modes de ratification sont applicables à la cause de nullité qui nous occupe.

D'après l'article 181, la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.

Voilà déjà la première espèce de ratification, la ratification tacite. Remarquez à quelles conditions elle est ici soumise :

A la cohabitation : donc, si les époux n'avaient pas demeuré, n'avaient pas *cohabité* ensemble, la demande serait recevable, même après six mois, même après six ans ! (Cass., 4 nov. 1822, Loncouat, Sirey, 1823, I, 219.) — Mais après dix ans ? après trente ans ? (*Infra*, nos 267, 268.)

Continuée : ce n'est pas à dire pourtant qu'une interruption de quelques jours pour cause de voyage, ou même par suite d'une querelle et d'une *brouille* de ménage, devrait être regardée comme une discontinuation ; c'est là un point de fait qu'il faut apprécier raisonnablement.

Pendant six mois : donc, la cohabitation continuée pendant trois ou quatre mois, ou même pendant cinq mois et vingt-neuf jours, ne suffirait pas. — Ce délai n'est-il pas bien long ? Comment ! vous pourrez encore repousser cet époux, avec lequel vous avez librement et sciemment cohabité pendant si longtemps ? Mais n'est-ce pas vous permettre, en quelque sorte, de le prendre à l'*essai*, et n'y a-t-il point là une immoralité ? Voyez donc quelle sera la position de la femme, dans le cas où l'action en nullité appartiendrait au mari ! Refuse-t-elle de cohabiter avec lui ? la voilà sous le coup d'une action en nullité, dont la durée illimitée, suivant les uns de trente ans, suivant les autres, sera certainement au *minimum* de dix

ans (*infra*, n° 268). Accepte-t-elle la cohabitation ? elle se livre à un homme qui peut, au bout de cinq ou six mois, la rejeter ! il est vrai que cette cause de nullité appartiendra le plus souvent à la femme ; mais dans tous les cas, on ne peut nier que le délai de six mois ne paraisse infiniment long. Ce qu'on peut dire, c'est que, pour qu'un fait postérieur emporte la ratification tacite d'une convention annulable, il faut, en principe, que ce fait soit distinct, indépendant, détaché, pour ainsi dire, de cette convention même ; s'il en est seulement l'exécution, la conséquence, l'effet plus ou moins nécessaire, il se confond avec elle ; et dès lors les mêmes vices, qui altèrent la convention, altèrent également ces effets et ces conséquences. Il faut donc quelque chose de nouveau, de postérieur, qui ne se lie pas de trop près ni trop immédiatement à la convention elle-même, quelque chose, par exemple, qui, lorsqu'il s'agit des vices du consentement, suppose un consentement nouveau, qui ratifie et qui confirme l'ancien. Or, on a considéré, avec quelque raison, que la cohabitation n'était que la suite nécessaire et la conséquence immédiate du mariage, et qu'elle ne supposait pas suffisamment par elle-même et par elle seule, cette volonté postérieure, ce nouveau consentement, qui doit réhabiliter le premier. Remarquez d'ailleurs que les faits de cohabitation, surtout lorsqu'ils n'ont pas une certaine durée, peuvent être fort souvent incertains et équivoques. Tels ont été sans doute les motifs de l'article 181, qui a aussi voulu donner à l'époux le temps de se consulter et de recueillir ses moyens et ses preuves. Mais il ne m'en paraît pas moins vrai que sa disposition est très-rigoureuse ; et on verra bientôt pourquoi j'ai particulièrement insisté sur ce point.

Enfin l'article ajoute : *depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.* Le délai ne peut en effet courir qu'autant que la ratification est possible ; or, elle ne l'est pas, tant que le con-

sentement demeure infecté des mêmes vices (art. 1304-1338).

262. — Mais si l'époux agit après plus de six mois de cohabitation continuée depuis le mariage, est-ce à lui de prouver que la violence ou l'erreur se sont prolongées encore après la célébration ?

L'époux demandeur en nullité affirme non-seulement qu'il y a eu violence ou erreur, mais que ces vices duraient encore après la célébration ; or, c'est à celui qui affirme, à prouver (L. 2, ff. *de Probat.* ; art. 1315). Ce sont là d'ailleurs des faits qui lui sont personnels. Ajoutez enfin que l'autre partie, qui niera probablement toujours qu'il y ait jamais eu aucune espèce d'erreur ou de violence, ne pourrait pas prouver l'époque à laquelle la violence ou l'erreur aurait cessé (arg. de l'article 488 procéd. ; Duranton, t. II, n° 277 ; Zacharie, Massé et Vergé, t. 1, p. 207 ; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n° 155 ; Cass., 26 juill. 1825, Revel Vankempen, Sirey, 1825, I, 370, Besançon, 1er mars 1827, Gérard, Sirey, 1827, II, 141 ; Bordeaux 20 févr. 1867, Bazy, Dev, 1867-2-224 ; mais le pourvoi a été admis par la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation contre cet arrêt, le 8 juin 1868, *le Droit* du 10 juin 1868.)

263. — Telles sont les conditions auxquelles l'article 181 soumet, en ce cas, la ratification *tacite ;* et il me paraît résulter du texte même et de ses motifs qu'on ne pourrait pas induire une ratification tacite d'autres faits que ceux qu'il énonce. Cette disposition spéciale a eu pour but d'écarter précisément tous les doutes, que beaucoup d'autres circonstances plus ou moins équivoques auraient pu soulever, et de les déclarer d'avance inconcluantes. Ainsi, par exemple, la grossesse de la femme et même la survenance d'un enfant ne constitueraient point une ratification tacite du mariage (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 359 et 416 ; Pothier, n° 318).

Et cela est très-sage ; l'action appartient-elle au mari ?

il ne faut pas que la femme puisse alors se procurer une fin de non-recevoir par l'adultère. Est-ce au contraire la femme qui a l'action en nullité? il est très-possible qu'elle n'ait cédé qu'à la violence et à l'intimidation. — En tout cas d'ailleurs, que prouverait la grossesse? uniquement la cohabitation des époux; or, la loi exige en outre que cette cohabitation soit continuée pendant six mois (Toullier, t. I, n° 610; Duranton, t. II, n°s 280, 281; Valette sur Proudhon, t. I, p. 433, note *a*, 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 64).

264. — L'article 181 détermine, ai-je dit, les seuls faits desquels il sera permis d'induire une ratification *tacite;* mais faut-il aller plus loin? serait-il vrai que non-seulement il n'admet la ratification tacite que dans ce cas, mais encore qu'il n'admet que cette seule espèce de ratification de telle sorte que la nullité, dont il s'agit, ne serait susceptible d'être couverte ni par la ratification *expresse*, ni par la *prescription?*

On pourrait raisonner ainsi : 1° l'article 180 accorde à l'époux violenté ou trompé l'action en nullité de son mariage ; et cette action doit lui appartenir tant qu'on ne lui oppose pas une fin de non-recevoir écrite dans la loi même; or, précisément le but de l'article 181 est de préciser et de limiter les conditions de cette déchéance; donc, on violerait à la fois ces deux textes, en admettant toute autre fin de non-recevoir. 2° La loi a pu penser que, pour une situation aussi grave, il convenait d'exiger des circonstances qui ne laisseraient aucun doute sur la volonté de l'époux de renoncer à son action, et pour cette fois, sur sa volonté bien libre et bien éclairée; or, d'une part, cette garantie ne se rencontre pas toujours dans une ratification *expresse,* c'est-à-dire dans une simple déclaration, qui est l'œuvre d'un moment, et qui d'ailleurs peut être aussi le résultat des mêmes influences; d'autre part, le laps de temps sans cohabitation, ou en d'autres termes l'état de séparation des

époux ne constitue-t-il pas bien plutôt une protestation qu'une ratification? Au contraire, la cohabitation continuée pendant six mois, atteste une approbation persévérante et soutenue; c'est la ratification la meilleure de toutes et la plus certaine; c'est *l'exécution volontaire* du contrat, corroborée en outre par l'épreuve du temps. 3° Opposera-t-on les articles 1304 et 1338? mais le titre *du Mariage* est spécial; et on ne saurait, sans beaucoup de confusion et de danger, y introduire les dispositions du titre *des Obligations conventionnelles en général*. La preuve en est dans notre article 181 lui-même, qui règle en effet spécialement un certain mode de ratification. Voyez d'ailleurs les embarras et les dissidences qui agitent les partisans de l'opinion contraire : ils admettent la ratification expresse, et ils déclarent qu'elle n'est pas soumise aux conditions prescrites par l'article 1338 (Duranton, t. II, n° 283). Mais alors sur quel texte s'appuyer? — Ils admettent la prescription, et ils ne peuvent pas même s'entendre sur sa durée : elle sera de dix ans, suivant les uns (art. 1304; Duranton, t. II, n° 278; Valette sur Proudhon, t. I, p. 433, note *a*; Duvergier sur Toullier, t. I, p. 355, note *a*); elle sera de trente ans, au gré des autres (art. 2262; Zachariæ, t. III, p. 263; Marcadé, t. II, art. 181, n° 3). — Tout cela ne prouve-t-il point qu'il n'y a en effet d'autre ratification possible, en ce cas, que celle qui réunit les conditions exigées par l'article 181?

Si spécieuse que puisse paraître cette argumentation, je ne crois pas qu'elle soit fondée; je ne puis pas croire que la loi n'ait pas admis, pour valider le mariage, des ratifications qu'elle admet pour valider des contrats, au maintien desquels elle s'intéresse pourtant beaucoup moins, des ratifications, d'ailleurs, qui réunissent au plus haut degré toutes les garanties désirables! Que fait donc seulement l'article 181? il s'occupe d'un cas, qui aurait pu faire difficulté, du cas le plus fréquent, de la

cohabitation qui suit le mariage. Et afin de lever tous les doutes, il déclare, pour ce cas, à quelles conditions les vices du consentement seront effacés. Mais il n'est pas limitatif, et il n'exclut ni la ratification expresse, ni la prescription.

Il n'exclut point la ratification expresse ; car cela ne serait pas en vérité raisonnable. Comment ! l'époux aurait déclaré solennellement qu'il approuve son mariage, et il pourrait encore venir l'attaquer ensuite ! Mais pourquoi donc ? — L'article 181 ne parle pas de cette ratification ! — Je réponds que c'est là une vérité presque évidente, et de tout temps reconnue (Pothier, n° 309), et que d'ailleurs la loi elle-même consacre, en fait de mariage, cette espèce de ratification. L'article 183 déclare en effet que l'approbation *expresse* du mariage, de la part des parents qui n'y avaient pas d'abord consenti, les rend non recevables à en demander la nullité. Cet article, il est vrai, ne prononce pas textuellement cette fin de non-recevoir contre l'époux lui même qui s'est marié sans le consentement de ses parents; mais est-ce que vous croyez que si cet époux avait approuvé expressément son mariage à l'époque où il était capable de le faire, est-ce que vous croyez qu'il serait encore recevable dans son action en nullité, fondée sur le défaut du consentement de ses ascendants ? non, sans doute (Pothier, n° 446). Voilà donc une ratification expresse, qui n'est pas textuellement prévue par la loi ; or, si l'époux peut ratifier expressément son mariage dans le cas de l'article 183, pourquoi ne le pourrait-il pas dans le cas de l'article 181 ? Je pense, au contraire, que c'est pour cette dernière hypothèse surtout qu'il importe que la ratification expresse soit possible. Il faut que l'époux qui aurait sujet de craindre une telle action en nullité de la part de son époux, il faut qu'il puisse l'interpeller et le mettre en demeure ! La femme qui se trouverait dans une telle position, aurait le droit de refuser de cohabiter

avec son mari, tant qu'il n'aurait pas expressément ratifié le mariage ; et si son mari lui notifiait d'avoir à se rendre au domicile conjugal (art. 214), je le soutiendrais très-fermement non recevable à demander ensuite la nullité, même avant l'expiration des six mois. Supposez encore que le conjoint de l'époux auquel appartient l'action en nullité, décède avant l'expiration des six mois exigés par l'article 181. Dans ce cas, la ratification tacite ne peut plus se réaliser, puisqu'il n'y a plus de cohabitation possible. D'après le système contraire, l'action en nullité serait donc alors perpétuelle ! De telles conséquences sont certainement inadmissibles (comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 206 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 63 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 322 ; Demante, t. I, n° 263 *bis*, I ; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 108).

265. — On devra sans doute examiner de près les termes et toutes les circonstances de la ratification expresse, et ne la consacrer qu'autant qu'elle ne sera point équivoque. — L'autorisation accordée par le mari à sa femme pour contracter ou pour ester en jugement, aurait-elle ce caractère ? oui, dit Duranton (t. II, n° 583, note 1) ; non, repond Marcadé (t. II, art. 181, n° 2) ; — oui ou non, dirai-je à mon tour, suivant les cas, suivant l'urgence plus ou moins grande qui n'aurait pas permis de recourir à la justice pour cette autorisation, et surtout suivant les termes dans lesquels elle serait conçue.

266. — Quant à la forme de la ratification, il serait sans doute prudent de la faire suivant les conditions exigées par l'article 1338 (Valette sur Proudhon, t. I, p. 433, note *a*) ; car ces conditions sont très-sages ; et enfin il faut avouer qu'après cet article, nous n'en avons aucun autre qui puisse nous servir de règle. Mais pourtant je ne croirais pas que l'accomplissement de ces formes fût indispensable, si d'ailleurs la ratification était

certaine et formelle. Encore une fois, notre titre est spécial ; or, il ne renvoie pas nécessairement à l'article 1338, et permet de dire dès lors que c'est là, en fait de mariage, une question abandonnée à l'appréciation discrétionnaire des magistrats.

267. — Je n'hésite pas d'ailleurs à penser que l'époux mineur peut, aussi bien que le majeur, ratifier son mariage, soit tacitement, d'après les conditions de l'article 181, qui, en effet, ne distingue pas, soit même expressément ; on opposerait en vain l'article 183, d'après lequel l'époux ne peut ratifier que *depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage*. Notre hypothèse est très-différente ! Il s'agit, dans l'article 181, du consentement personnel de l'époux, et non de celui de ses ascendants ou de sa famille ; or, l'époux, même mineur, est capable de consentir personnellement au mariage, donc, il est, *a fortiori*, capable de ratifier son consentement (Duranton, t. II, n° 284 ; D., *Rec. alph.*, v° *Mar.*, sect. IX, art. 9, § 1, n° 11).

268. — J'ajoute enfin que l'article 181 n'exclut pas la *prescription*.

Ceci toutefois est, j'en conviens, plus difficile encore.

Le mariage vient d'être célébré ; mais au moment suprême, la jeune fille, dont la volonté a été jusque-là comprimée, se révolte et ne veut pas se soumettre. Le mari lui-même prend alors son parti, et chacun s'en va de son côté ; — ou bien la cohabitation commence ; mais au bout de trois mois, les époux se séparent.

Ainsi, point de ratification ni tacite ni expresse.

Cette hypothèse soulève deux difficultés :

1° La nullité du mariage pourra-t-elle être toujours demandée, par voie d'action, même après dix ou trente ans ?

2° La nullité ne pourra-t-elle pas du moins toujours être opposée par voie d'exception ?

1° Quant à l'action en nullité, j'ai déjà annoncé qu'elle

n'est pas, suivant moi, perpétuelle. Je crois donc qu'après dix ans, elle ne serait plus recevable (art. 1304; comp. Valette, *Explicat. somm. du Code Napol.*, p. 108, qui toutefois abandonne cette doctrine dans ses *Additions et Corrections*, p. 420 et dans son *Cours de Code civil*, p. 237-238, 1873).

Zachariæ et MM. Aubry et Rau la font durer trente ans, aux termes de l'article 2262, parce que l'article 1304 est étranger à notre titre, qui est régi par des dispositions spéciales (t. IV, p. 64).

Mais cette objection s'appliquerait tout aussi bien à l'article 2262 lui-même; et voilà bien, en effet, le motif sur lequel se fonde Demante pour soutenir que cette action en nullité ne s'éteint ni par dix ans ni par trente ans, c'est-à-dire qu'elle est perpétuelle (t. I, n° 263 *bis*, II; comp. aussi un jugement du Tribunal civil de Sartène du 11 juillet 1859, rapporté dans le *Droit* des 5 et 6 septembre 1859).

La vérité est que la durée de la prescription n'a pas été spécialement déterminée, pour ce cas, dans notre titre; il faut dès lors recourir à la règle générale sur la prescription des actions en nullité des conventions; or, c'est l'article 1304 qui pose cette règle; et il me paraît d'autant plus devoir être préféré à l'article 2262, que ses motifs existent ici dans toute leur force. L'article 1304, en effet, est particulièrement applicable aux actions en nullité, qui nécessitent un examen de faits et une appréciation de preuves; voilà pourquoi il les soumet à une prescription plus courte, parce que le temps rend toujours cette appréciation plus difficile et plus incertaine (Ordonn. de 1510, art. 46); or, ces sages considérations s'appliquent assurément au mariage. — Mais pourtant, direz-vous, voyez donc quelle va être la position de l'époux! De son côté, loin de ratifier le mariage, il a toujours protesté par l'état de séparation où il s'est tenu; jamais non plus on n'a demandé contre lui l'accomplis-

sement des devoirs du mariage. Et au bout de dix ans ainsi passés, il n'en aura pas moins perdu son action en nullité! — Son action? oui, je le pense; s'il voulait agir en nullité, que ne l'a-t-il fait plus tôt? dix ans lui suffisaient bien sans doute pour se décider; au contraire, il a gardé pendant tout ce temps le silence. Eh bien! il est maintenant trop tard pour agir; qu'il se tienne tranquille comme il l'a fait jusqu'ici (comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. VI, n° 62; Duranton, t. II, n° 278; Duvergier, sur Toullier, t. I, p. 355, note *a*).

Mais voici qu'on l'attaque! c'est l'autre époux qui, après dix ans, lui fait sommation de venir habiter la maison conjugale; n'a-t-il plus alors aucun moyen même de se défendre? ceci m'amène à la seconde question?

269. — 2° La nullité du mariage ne peut-elle pas, du moins, être toujours opposée par voie d'exception?

Cette difficulté peut naître dans tous les cas où l'action en nullité du mariage n'est accordée par la loi que pendant un certain temps, comme dans les articles 181, 183, 185. Je vais donc, afin de n'y plus revenir, l'examiner une fois pour toutes. Ce n'est pas d'ailleurs ici, bien entendu, le lieu de discuter si, en règle générale, l'exception n'est pas toujours perpétuelle, lors même que l'action n'est que temporaire; ou, en d'autres termes, si le Code Napoléon a admis la maxime: *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Ce serait là une première question, très-vaste elle-même et très-difficile; le moment viendra plus tard de la traiter et de l'approfondir plus complétement que je ne pourrais ici le faire. Je suppose donc, quant à présent, la vérité de cette règle; aussi bien est-elle aujourd'hui, sauf un petit nombre de dissidents (Duranton, t. XII, n° 549), presque unanimement reconnue (Cass., 5 avril 1837, Daussone C. Rue, Dev., 1837, I, 434; Bordeaux, 9 avril 1843, Menut-Latonne, Dev., 1843, II, 433; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v°

Prescription, sect. II, § 25; Troplong, *des Prescriptions*, t. II, nos 827, 828).

Notons seulement les motifs principaux sur lesquels repose la maxime : *Quæ temporalia*, etc. 1° La prescription ne saurait courir contre celui qui possède au profit de celui qui ne possède pas. La prescription, en effet, a pour base la possession (art. 2219, 2228, 2229); or, comment celui qui n'a pas cessé de posséder une chose ou un état, ou une qualité quelconque, pourrait-il en être privé par l'effet de la prescription, qui suppose précisément le défaut de possession de la part de celui contre lequel elle s'accomplit? 2° On conçoit que le possesseur, tant que personne ne le trouble, n'intente pas lui-même une action : soit parce qu'il n'y a pas un intérêt, actuel du moins et immédiat; soit parce qu'il peut croire que les prétentions, qu'on aurait pu élever contre lui, ne seront jamais présentées, et qu'il s'agit peut-être d'une affaire très-fâcheuse, au-devant de laquelle il ne veut point aller; soit enfin parce qu'en attendant, il garde le meilleur rôle, celui de possesseur et de défendeur, et qu'il est juste, en tout cas, que la défense soit permise aussi longtemps que l'attaque. 3° Aussi l'article 1304 ne soumet-il à la prescription de dix ans que l'*action en nullité*.

Cela posé, il s'agit de savoir si ces principes sont applicables aux demandes en nullité de mariage. Question ardue! mais que pour mon compte, et malgré le dissentiment de MM. Dalloz (*Rec. alph.*, v° *Mar.*, sect. IX, art. 1, nos 23-25), et Allemand (*du Mariage*, t. I, n° 595), je serais porté à résoudre par l'affirmative. C'est en vertu de l'article 1304, que nous avons déclaré prescrites, au bout de dix ans, ces demandes en nullité; or, l'article 1304 ne s'applique pas au cas où la nullité n'est proposée que par voie d'exception; donc, il en est, à cet égard, des nullités de mariage comme des autres, puisqu'elles sont toutes, en ce point, régies par la même

disposition. Aussi les articles du titre *du Mariage* ne limitent-ils, en effet, à une certaine durée, que *les demandes en nullité* (chap. IV), lorsqu'il s'agit de les *intenter* (art. 183; *voy.* aussi art. 185). Les mêmes motifs d'ailleurs n'existent-ils pas dans ce cas aussi bien que dans tous les autres? Un mariage a eu lieu au milieu de circonstances déplorables; une jeune fille, une enfant de quatorze ans, y a été contrainte par son père, ou bien par un tuteur étranger, après un consentement surpris du conseil de famille; mais aussitôt après la célébration, et avant toute cohabitation peut-être, les époux se séparent, et la femme entre dans un couvent. Elle y prend, elle y garde son nom de fille! elle y cache à tous la triste histoire de son mariage. Six mois s'écoulent depuis qu'elle a atteint l'âge compétent (art. 185); bien plus! dix ans sont accomplis depuis la célébration. Mais notez-le bien! point de ratification d'aucune espèce! point de possession d'état de femme mariée! possession d'état toute contraire! Un tel concours de circonstances sera très-rare sans doute; dix années entières ne pourront guère s'écouler ainsi; et ne fût-ce qu'à propos de la nécessité d'une autorisation pour contracter ou pour ester en jugement (art. 215-217), cette femme aura dû presque toujours prendre parti. Mais l'hypothèse, quoique infiniment rare et peu probable, n'est pas impossible; en tout cas, il s'agit ici du principe. Or il me semble que tous les motifs exposés, plus haut, se présentent ici avec la même force: cette femme a possédé l'état de femme non mariée; et le prétendu mari, de son côté, n'a exercé aucun des droits ni rempli aucune des obligations du mariage; chacun a gardé, de part et d'autre, la plus parfaite indépendance; comment serait-il possible qu'au bout de dix ans la femme perdît cet état même qu'elle a toujours possédé? La prescription, c'est le *fait*, qui devient *droit* par la consécration du temps; il faut donc, avant tout, le *fait*, c'est-à-dire la possession; or,

le fait manque ici complétement. Ajoutez que cette femme, si tant est que dans les premiers mois ou dans l'année qui a suivi la célébration, elle ait même su qu'il fallait agir sous peine de déchéance, a pu raisonnablement penser que jamais on ne se prévaudrait contre elle de ce mariage; qu'elle a pu ne vouloir point provoquer elle-même l'éclat d'un procès qui pouvait amener des révélations scandaleuses; et qu'enfin il est juste, dès qu'on a si longtemps tardé à l'attaquer, qu'elle soit toujours elle-même à temps aussi de se défendre!

Merlin (*Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, 5ᵉ et 6ᵉ quest. *sur l'article* 183) n'enseigne toutefois ces principes qu'avec certaines distinctions : est-ce le mari lui-même qui agit, après dix ans, *en adhésion*, contre sa femme? l'exception de nullité, dit-il, n'est pas opposable. — Est-ce l'enfant né du mariage, qui, après la mort du mari, réclame, par exemple, le partage de la communauté? même réponse. — Au contraire l'exception de nullité pourra être proposée par la femme, si partage de la communauté n'était demandé contre elle que par les héritiers collatéraux du mari. Le motif de cette différence est, suivant l'illustre auteur, que, dans les deux premiers cas, la femme n'a pu avoir légalement ni envers son mari, ni envers ses enfants, la possession d'état de femme non mariée; ni le mari, ni les enfants n'ont pu, par leur inaction, lui conférer cette possession contraire à l'acte de célébration qui existait, tant qu'il n'était pas annulé, et qui empêchait de leur part l'abandon illicite de leur propre état d'époux et d'enfant légitime (art. 6). Au contraire, pour les héritiers collatéraux, il n'est question que d'intérêts purement pécuniaires; et ils ont pu valablement, en ce qui les concerne, considérer la femme comme non mariée.

Je n'admettrais même pas ces distinctions : 1° Il me semble qu'il ne s'agit pas ici d'apprécier le mérite, plus ou moins légal, de la possession; il s'agit uniquement

du fait même. Cette femme avait-elle, en fait, la possession d'état de femme libre et non mariée? voilà toute la question; car s'il est reconnu qu'elle l'avait, tous les arguments, que je viens de présenter, peuvent être invoqués envers et contre tous avec une égale force. 2° Le mari sans doute, ni les enfants, ne pourraient point, par une convention, reconnaître à la femme ni à la mère une telle possession d'état! mais il ne s'agit pas ici de convention ni expresse, ni tacite; il s'agit, encore une fois, d'un fait. Est-il vrai qu'ils n'aient jamais réclamé l'exécution du contrat? or, si ce fait est reconnu, il est permis, dans tous les cas, d'en conclure qu'ils n'ont point possédé eux-mêmes leur état, et qu'ils ont tacitement reconnu, et par suite perpétué l'existence d'une nullité qui doit dès lors leur être toujours opposable, au moins par voie d'exception. — Contre l'action du mari, j'accorderais donc à la femme l'exception de nullité. — Contre celle de l'enfant, l'application du principe sera, j'en conviens, beaucoup plus rare encore, non-seulement à cause de l'extrême défaveur d'un tel moyen de défense de la part d'une mère contre son enfant, mais aussi parce qu'il ne dépendait pas de lui, le plus souvent, de forcer sa mère à agir en nullité dans le délai fixé par la loi, et parce qu'il pourrait avoir une possession d'état d'enfant légitime, exclusive pour sa mère, de la possession d'état de femme non mariée. Mais alors si la femme ne pouvait pas opposer par voie d'exception la nullité du mariage, c'est qu'en fait, elle n'aurait pas la possession de liberté nécessaire à cet effet; notre principe donc n'est pas détruit; et cela est si vrai, que dans le cas où l'enfant n'aurait pas la possession d'enfant légitime, si par exemple on ne l'avait pas inscrit dans son acte de naissance comme né de cette femme en légitime mariage, et s'il avait été élevé secrètement; dans ce cas, dis-je, je ne vois pas pourquoi la femme ne pourrait pas se défendre, même contre lui, en opposant, par voie d'exception, la nullité du mariage.

B. — *Défaut de consentement des personnes, sous la puissance desquelles les parties contractantes se trouvaient relativement au mariage.*

270. — Article 182 : « Le mariage contracté sans le « consentement des père et mère, des ascendants ou du « conseil de famille, dans les cas où ce consentement « était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux « dont le consentement était requis, ou par celui des « deux époux qui avait besoin de ce consentement. »

Article 185 : « L'action en nullité ne peut plus être « intentée ni par les époux, ni par les parents, dont le « consentement était requis, toutes les fois que le ma-« riage a été approuvé expressément ou tacitement par « ceux dont le consentement était nécessaire, ou lors-« qu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur « part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. « Elle ne peut plus être intentée non plus par l'époux, « lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de « sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour « consentir par lui-même au mariage. »

Tels sont les deux articles qui organisent cette seconde action en nullité relative, et d'après lesquels nous devons préciser : dans quels cas elle existe ; — par qui elle peut être intentée ; — et comment elle peut se couvrir.

Dans quels cas elle existe ? Lorsque le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille était *nécessaire* et n'a pas été obtenu. Remarquez ce mot, qui prouve ce que nous avons déjà dit (*supra*, nº 224), que le défaut d'actes respectueux n'engendre pas de nullité. — Dans quels cas ce consentement est-il nécessaire ? par qui et comment doit-il être donné ? tous ces points ont été résolus plus haut (nºˢ 34 et suiv.).

271. — Par qui cette action en nullité peut-elle être intentée ?

1° Par ceux dont le consentement était requis;

2° Par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.

La loi ne pouvait pas conférer aux ascendants ou à la famille une autorité illusoire, le droit de demander la nullité du mariage contracté par l'enfant au mépris de cette autorité, devait donc en être la sanction. Ajoutez d'ailleurs qu'il est logique et raisonnable de laisser à celui dont le consentement eût été d'abord nécessaire, la faculté d'apprécier ensuite le mariage et de voir s'il convient soit de l'attaquer, soit de le ratifier par son consentement ou même par son silence (comp. Cass., 18 juill. 1860, P..., Dev., 1860, I, 616).

Quant à l'enfant qui a personnellement consenti au mariage, et qui a violé ses devoirs envers ses ascendants ou sa famille, il semble plus difficile d'expliquer comment il peut trouver dans sa faute même le principe d'une action en nullité. Mais, 1° en règle générale, les incapables peuvent eux-mêmes se prévaloir de leur incapacité (art. 225, 1125); c'est le meilleur moyen en effet de la rendre efficace et de forcer les tiers à la respecter. 2° Dans ce cas particulier, on présume, jusqu'à un certain point que l'enfant a cédé lui-même à la séduction (Pothier, n° 446).

272. — L'action en nullité peut, disons-nous, être intentée *par ceux dont le consentement était requis*.

Ces mots de l'article 182 veulent être bien compris, afin que l'action appartienne toujours à ceux auxquels ils l'accordent, et n'appartienne jamais qu'à ceux-là.

La règle, à cet égard, est qu'il faut suivre l'ordre successif déterminé par les articles 148 et suivants (*supra*, n° 34). Parcourons toutefois ces différentes hypothèses et les complications délicates auxquelles elles peuvent donner lieu :

1° *Défaut de consentement, des père et mère.* — Un en-

fant mineur, ayant ses père et mère, se marie sans leur consentement ; — à qui l'action en nullité ?

D'après l'article 148, le consentement du père et de la mère était nécessaire ; et l'article 182 lui-même le répète encore ; donc, tous les deux, la mère aussi bien que le père, ont régulièrement l'action en nullité.

Ce syllogisme est en règle ; et il me semble que Marcadé (t. II, art. 182, n° 2) ne tient point assez de compte de l'article 148 et du droit de la mère, lorsqu'il enseigne que l'action en nullité ne saurait alors en aucun cas appartenir à celle-ci. — Mais, me dira-t-on, est-ce que vous allez permettre à la mère de l'intenter, si le père ratifie le mariage, et même garde seulement le silence? non sans doute, parce que la ratification expresse ou tacite du père équivaut à un consentement de sa part, et qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (comp. art. 149 et 183), parce que si la mère ne peut former opposition qu'à défaut du père (art. 173), elle ne doit pouvoir non plus qu'à son défaut, former une action en nullité ; sur ces deux cas donc, point de doute. Mais supposez que le père meure, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté avant la prescription de l'action en nullité... ; la mère pourra-t-elle alors l'intenter ? Non, dit Marcadé (*loc. sup. cit.*). — Oui répondrai-je ; car rien ne fait plus dès lors obstacle à l'exercice du droit personnel, qui lui appartient (art. 149 ; Duranton, t. II, n°s 286, 287 ; Vazeille, t. I, n° 266 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 68 ; Demante, t. I, n° 264 *bis*, IV ; Allemand, *du Mariage*, t. I, n° 577).

273. — On peut faire une espèce plus difficile.

Au moment du mariage, le père était dans l'impossibilité de manifester sa volonté ; et le consentement de la mère était suffisant (art. 149) ; mais l'enfant ne l'a pas demandé. Puis voilà le père qui recouvre ses facultés et l'exercice de ses droits avant la prescription de l'action en nullité et toute ratification de la part de la mère.

A qui cette action en nullité?

Le consentement de la mère était seul nécessaire au moment du mariage; or, l'article 182 n'accorde l'action qu'à ceux dont le consentement était nécessaire; donc, la mère seule peut ici l'intenter. Tel est, en effet l'avis de M. Dalloz (*Rec. alph.*, t. X, v° *Mar.*, sect. IX, art. 1, § 2, n°s 3, 4).

Mais voyez donc quel résultat! la mère, en ce moment, n'a plus l'exercice de la puissance paternelle (art. 373); son refus ne saurait empêcher le mariage, auquel le père consentirait; son consentement ne saurait permettre le mariage, auquel le père ne voudrait pas consentir! tout cela est évident! et c'est dans une telle situation, que vous lui accorderiez, à elle seule, et à l'exclusion du père, le droit de demander la nullité! il y aurait là une inconséquence flagrante, et qui pourrait se produire encore dans d'autres cas.

Supposez, par exemple, que ce père, qui se trouvait dans l'impossibilité de consentir au mariage de son enfant, supposez qu'il était veuf, et que l'enfant aurait dû en conséquence obtenir le consentement de son aïeul (art. 150), ou même d'un conseil de famille (art. 160). Le père recouvre l'exercice de ses droits; accorderiez-vous l'action en nullité à l'aïeul ou au conseil de famille? L'affirmative serait inévitable; car votre argument se reproduit ici tout à fait le même (Allemand, *du Mariage*, t. I, n°s 577, 578); et pourtant je puis encore moins, dans ce dernier cas, accepter une telle solution. Car enfin, pour la mère, il lui faudrait du moins l'autorisation du mari ou de justice; ce qui rend à peu près indirectement l'action en nullité au mari lui-même; mais l'ascendant, lui! mais le conseil de famille, ne serait retenu par aucune formalité de ce genre; et j'avoue que je ne me fais pas à l'idée que l'aïeul, qu'un conseil de famille surtout! en présence du père, ait le droit de demander la nullité du mariage; bien plus! qu'il ait seul ce droit, à l'exclusion du père!

Direz-vous que le mal n'est pas si grand que je le fais? De deux choses l'une : ou le père approuvera l'action en nullité intentée soit par la mère, dans notre première espèce, soit par l'aïeul, dans la seconde; et alors, bien entendu, il ne s'en plaindra pas; ou il la désapprouvera; et alors il aura un moyen de la prévenir et même de l'arrêter; ce sera de ratifier le mariage.

Je conviens que si le père avait ce droit, les inconvénients du système contraire seraient bien diminués. Mais est-il vrai que le père ait ce droit? Est-il vrai que l'ascendant, dont le consentement n'était pas nécessaire au moment du mariage, et qui ne peut pas dès lors en demander la nullité, puisse néanmoins le ratifier, et enlever ainsi à d'autres l'action en nullité, qui leur appartiendrait? M. Valette enseigne l'affirmative (sur Proudhon, t. I, p. 436, note *a*); et on pourrait invoquer, en faveur de cette opinion, d'abord ses résultats avantageux, et puis les textes combinés des articles 148 et 182; car si ce dernier article refuse l'action en nullité au père, dont le consentement n'était pas requis au moment du mariage, il ne dit pas que le père ne pourra pas ratifier ce mariage; et on doit au contraire d'autant plus accorder au père ce pouvoir de ratification, que l'enfant dépend alors de lui quant au mariage.

Ces motifs me paraissent toutefois insuffisants pour justifier logiquement ce système. En principe, qu'est-ce que la ratification? c'est la renonciation à une action qui nous appartenait; pour ratifier il faut donc, avant tout, avoir une action qu'on pourrait exercer, et à laquelle aussi on puisse renoncer; or, le père n'avait aucune action en nullité; donc, il ne peut renoncer à rien, ni rien ratifier. La ratification, c'est le consentement donné après coup, par celui qui aurait dû d'abord consentir; et voilà pourquoi la ratification est rétroactive, et se reporte au jour même où le consentement aurait dû être donné; or, à l'époque du mariage, le consentement du père n'était

pas nécessaire; donc, il n'y a ici aucun consentement à donner après coup, ni aucune rétroactivité possible de ce consentement postérieur. Voilà les principes; et les textes y sont tout à fait conformes (comp. art. 148, 182). — L'enfant, dites-vous, dépend maintenant de son père quant au mariage! — Oui, pour l'avenir; non, pour le passé. C'est au moment même du mariage que le consentement doit être donné (*supra*, n° 56); or, au moment où le mariage a eu lieu, le père était dans l'impossibilité de consentir; donc, quant à ce mariage, son consentement n'a jamais été et ne pourra jamais être nécessaire; il ne l'a pas été au moment du mariage, car le père était alors incapable; il ne pourra pas l'être depuis, car le consentement postérieur ne vaudrait qu'autant qu'il se reporterait rétroactivement au jour du mariage; et cette rétroactivité est impossible à l'égard du père, dont le consentement n'était point alors requis. Aussi l'article 183 n'admet-il en effet la ratification que de la part de *ceux dont le consentement était nécessaire*.

Ce moyen ne me paraît donc pas bon; et le système qui, dans les deux hypothèses proposées, accorde l'action en nullité à la mère ou à l'aïeul, ce système demeure avec tous les inconvénients que j'y ai signalés. — Oui, répondrez-vous; mais il demeure également avec son argument tiré de l'article 182, auquel vous n'avez pas répondu! — Il est vrai; et c'est maintenant ce qui me reste à faire. Eh bien donc, je dis que lorsque le père recouvre, avec ses facultés, l'exercice de ses droits, l'action en nullité du mariage doit rentrer dans ses mains, quoique à l'époque du mariage, l'enfant n'ait pas dû lui demander son consentement. — Est-ce violer l'article 182? je ne le pense pas. Il me semble qu'on peut très-bien soutenir, en pareil cas, que même à l'époque du mariage, le consentement du père était requis (art. 182); car le père existait; et régulièrement, il devait consentir. A la vérité, par suite d'un accident ou d'une maladie, il s'est

trouvé, à ce moment, dans l'impossibilité de consentir; et alors la loi a déféré, soit à la mère (art. 149), soit aux autres ascendants (art. 150), soit au conseil de famille (art. 160), le pouvoir de consentir en son lieu et place; mais il me semble qu'elle leur a, en ce cas, délégué plus ou moins provisoirement, plutôt que définitivement attribué l'autorité paternelle; c'est une sorte d'intérim qu'ils exercent alors, et qui n'empêche pas, dès qu'il prend fin, la puissance paternelle de rentrer dans les mains du père, avec la plénitude de ses attributs; le père reprend alors la suite de ce que ses représentants ont pu faire. Ont-ils consenti? tout est dit; ils n'avaient pas alors d'action en nullité; le père n'en aura pas plus qu'eux; et M. Dalloz a raison de professer que l'opinion contraire serait insoutenable. (D. *Rec. alph., loc. sup. cit.*) — N'ont-ils pas consenti? ils avaient l'action en nullité, et ils la remettent au père avec cette autorité paternelle, qui fait retour dans ses mains. Je sais que les articles, 149, 150 et 160 ne paraissent pas faire de différence entre le cas où le père est mort, et le cas où il est seulement dans l'impossibilité de manifester sa volonté; mais cette différence n'en est pas moins très réelle et très-vraie; si les articles ne l'ont pas faite, ils n'ont pas pu vouloir l'exclure; et je pense finalement que ce système est celui qui concilierait le mieux les principes avec les intérêts de la puissance paternelle et de la famille.

274. — 2° *Défaut de consentement des aïeuls et aïeules.* — L'article 150 renferme les deux dispositions que voici :

A. « S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de « la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. »

B. « S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce « partage emportera consentement. »

De là, en ce qui concerne l'action en nullité, deux conséquences :

A. L'aïeule ne pourra l'intenter qu'avec le concours

de l'aïeul de la ligne à laquelle elle appartient, si cet aïeul existe encore et n'est pas incapable de manifester sa volonté (art. 182, 183).

B. L'une des lignes ne peut l'intenter qu'autant que l'autre ne ratifie pas (mêmes articles).

275. — Mais la ratification d'une ligne donnée seulement après la demande en nullité déjà formée par l'autre ligne, devrait-elle arrêter cette demande?

Une question à peu près semblable peut s'élever dans le cas où, l'époux lui-même ayant intenté l'action en nullité, la personne dont le consentement était nécessaire, intervient et déclare approuver le mariage; cette approbation doit-elle faire aussi rejeter la demande antérieurement formée par l'enfant?

Expliquons-nous de suite sur ces deux points.

Pour la négative, on raisonne ainsi :

En principe général, pour décider si une action est recevable, il faut se reporter à l'époque où elle a été formée, parce que c'est effectivement d'après son état à cette époque, que le droit du demandeur doit être apprécié; le jugement sous ce rapport est déclaratif et rétroagit au jour de la demande (L. 20, ff. *de Rei vind.*); or, à ce moment, l'action en nullité formée, soit par l'une des lignes, soit par l'enfant, était recevable et bien fondée; donc, elle doit être déclarée telle, malgré l'approbation postérieure, soit de l'autre ligne, soit de l'ascendant, qui n'a pas pu enlever au demandeur son droit acquis. Et le texte même de l'article 183 est conforme à ces principes; il déclare bien que l'action ne peut plus être intentée par les époux, lorsque le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire. *Intentée!* oui; mais il ne dit pas qu'elle ne puisse pas être *continuée*. Est-ce que par exemple l'action intentée par l'enfant devrait être rejetée, si l'année avant l'expiration de laquelle l'ascendant doit agir, s'accomplissait sans demande de sa part, avant la fin du procès?

personne ne voudrait le soutenir, et ne l'a effectivement soutenu. Et pourtant ne serait-ce point là aussi une conséquence logique du système contraire? (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 69; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 326.)

Ces motifs ne manquent certainement pas de gravité; mais je préfère toutefois le sentiment contraire. D'abord, en ce qui concerne le principe invoqué tout à l'heure, il faut bien remarquer qu'il n'est pas absolu; et, par exemple, il ne s'applique pas, du moins dans tous ses effets, aux demandes à l'égard desquelles l'acquiescement ne serait pas possible, et dont la décision procède dès lors non pas d'un accord fictif et présumé des parties, mais de l'autorité même, et de l'autorité seule des magistrats. On conçoit, au contraire, qu'à l'égard de ces sortes de demandes, les événements même postérieurs à l'introduction de l'instance, rentrent dans l'appréciation que le juge en doit faire au moment même où il prononce. Cela posé, et pour parler en premier lieu de l'approbation donnée par l'une des lignes pendant l'instance en nullité introduite par l'autre ligne, n'est-il pas tout à la fois raisonnable et logique que le juge ne doive pas alors prononcer la nullité du mariage, puisqu'au moment même où il la prononcerait, ce mariage réunit toutes les conditions de validité désirables? — Et en ce qui concerne l'action en nullité formée par l'enfant, ajoutez les motifs particuliers que voici : d'abord, l'approbation donnée par la personne dont le consentement était requis, écarte toute idée de séduction, et rend ainsi cette demande de l'enfant non-seulement défavorable et presque odieuse, mais dénuée de tout motif légal; et puis enfin, il ne faut pas que tout ceci soit le prix de la course ou la récompense d'une surprise! L'ascendant gardait le silence.... qu'est-ce à dire? qu'il approuvait le mariage. A la vérité, il ne l'avait point encore expressément ratifié; il gardait toujours cette réserve et cette froideur,

que lui commandait le mépris fait à son autorité paternelle; mais dans son cœur, il avait pardonné, il avait approuvé; et s'il avait pu prévoir que son enfant lui même attaquerait son propre mariage, il l'aurait garanti de cette seconde faute, beaucoup plus grave encore que la première; il l'en aurait, dis-je, garanti par une ratification formelle! Et parce que cet enfant a pris les devants, il faudrait inévitablement que le juge prononçât la nullité du mariage, en présence de l'ascendant, qui est là, demandant lui-même la validité? En vérité, cela ne peut pas être! Aussi je pense que cette approbation, donnée même en appel, devrait éteindre l'action en nullité; car le droit du demandeur en nullité n'a pas cessé d'être en quelque sorte *conditionnel*, c'est-à-dire subordonné à la condition que son mariage ne serait pas approuvé par ses ascendants, avant que la cause fût irrévocablement jugée. De là résulte, pour l'ascendant ou pour l'autre ligne, la faculté d'intervenir dans l'instance; pour l'enfant attaqué par une ligne, la faculté de mettre l'autre ligne en cause; et enfin, ce me semble aussi, la faculté pour le tribunal d'ordonner d'office, dans le cas où l'action est formée par l'enfant, la mise en cause de l'ascendant; et dans le cas où l'action est formée par une ligne, la mise en cause de l'autre ligne.

Je dis que *l'approbation* donnée par l'ascendant ou par l'autre ligne, rend l'enfant ou l'autre ligne non recevable. *L'approbation!* car il ne faudrait pas en dire autant du silence gardé par l'une des deux lignes ou par l'ascendant pendant l'instance en nullité introduite par l'autre ligne ou par l'enfant; et je viens à l'instant même d'indiquer le motif de cette différence; c'est que l'autre ligne ou l'ascendant, qui ne ratifient pas expressément, alors qu'une instance en nullité est introduite, témoignent ainsi qu'ils n'approuvent pas eux-mêmes le mariage; et il est permis de croire que s'ils ne l'attaquent pas personnellement, c'est précisément parce qu'il est déjà l'objet

d'une demande en nullité. Qu'on n'objecte pas que l'article 183 ne fait aucune distinction de ce genre entre la ratification expresse et la ratification tacite. Ce sont là des questions de volonté et d'intention, dont les magistrats sont nécessairement les appréciateurs (Delvincourt, t. I, p. 74, note 5; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 614, note 1; Valette sur Proudhon, t. I, p. 435, note *a*; Duranton, t. II, nos 291, 304, 306; Allemand, t. I, n° 590; Demante, t. I, n° 265 *bis*, IV).

276. — 3° *Défaut de consentement du conseil de famille.* — C'est la personne morale, l'être de raison appelé conseil de famille, qui peut seul alors former la demande en nullité; les collatéraux même les plus proches n'auraient pas individuellement ce droit; l'article 174 autorise bien certains collatéraux à former, pour certaines causes, opposition au mariage; mais aucun texte ne leur confère l'action en nullité. Jamais, d'ailleurs, le consentement d'un collatéral, son consentement particulier et individuel, n'est nécessaire pour le mariage; or, la nullité, qui nous occupe, ne peut être proposée que par ceux dont le consentement était nécessaire (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 416). Et voilà pourquoi elle ne peut l'être que par le conseil de famille (art. 160). Mais elle peut toujours l'être par lui, quelle que soit la composition de ses membres, parents ou même étrangers; cette circonstance n'a pas d'influence sur les pouvoirs du conseil de famille, considéré comme être collectif (art. 406-410). L'action devra être intentée soit par le tuteur, soit par l'un des membres du conseil de famille. Car il serait possible que le tuteur lui-même eût favorisé le mariage; et, en tout cas, rien n'empêche le conseil de famille, qui exerce ici, en son propre nom, une de ses attributions personnelles, de se faire représenter par l'un de ses membres. Cela est si vrai, que le tuteur lui-même qui en serait chargé, n'agirait pas, en cela, véritablement comme tuteur, c'est-à-dire comme

représentant du mineur (art. 450), mais bien comme délégué du conseil de famille (Toullier, t. I, n° 611 ; Duranton, t. II, n° 292; Zachariæ, t. III, p. 268).

277. — Tout ce qui précède s'applique aux enfants légitimes.

Il n'est pas douteux que les mêmes principes sont applicables à l'enfant naturel reconnu qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère (comp. art. 148, 149 et 158, et *supra*, n° 87).

278. — Mais c'est, au contraire, une question fort délicate que celle de savoir si le mariage contracté par un enfant naturel mineur de vingt et un ans, sans le consentement du tuteur *ad hoc*, qui doit lui être nommé, lorsqu'il n'a pas été reconnu, ou lorsque ses père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, si dis-je, ce mariage peut être attaqué, et par quelles personnes il peut l'être.

On reconnaît généralement que la nullité ne pourrait, en tout cas, être proposée par aucun autre que par l'enfant lui-même.

En effet, aucun tuteur *ad hoc* n'a-t-il été nommé? dans ce cas, il n'y avait pas, au moment du mariage, une personne certaine, une personne déterminée dont le consentement fût nécessaire ; et si vous nommiez après coup un tuteur *ad hoc*, vous violeriez tout ensemble et l'article 160, qui n'autorise cette nomination que pour donner le consentement au mariage et non pour en poursuivre la nullité, et l'article 182, qui n'accorde l'action en nullité qu'à ceux dont le consentement *était* nécessaire; or, on ne pourrait pas dire que le consentement de ce même tuteur, qui vient d'être nommé, fût nécessaire, puisque ce tuteur alors n'existait pas.

Un tuteur a-t-il été nommé, et l'enfant s'est-il marié sans son consentement et même malgré son refus de consentir? dans ce cas, le mariage une fois célébré, le tuteur *ad hoc* s'évanouit pour ainsi dire; bien différent des

ascendants et même du conseil de famille, dont l'autorité normale et permanente survit à la célébration du mariage, le tuteur *ad hoc* n'est plus rien après cette célébration. Sa mission toute spéciale finit avec l'objet déterminé dont il était chargé. Nommé pour accorder ou refuser son consentement au mariage à faire (art. 159), il ne pourrait certainement pas, en vertu de ce même mandat, poursuivre la nullité du mariage une fois fait. Il lui faudrait donc un nouveau pouvoir; mais alors ce ne serait plus le même tuteur; et cette nomination nouvelle constituerait encore une double violation des articles 160 et 182.

Si subtile que puisse paraître cette argumentation, elle n'en est pas moins exacte, suivant nous; les demandes en nullité de mariage ne peuvent être intentées que par ceux qu'un texte même de la loi y autorise; or, cette argumentation prouve qu'aucun texte n'autoriserait l'action en nullité formée, en pareil cas, par tout autre que par l'enfant lui-même. Nous devons ajouter toutefois que Demante enseigne une doctrine contraire (t. I, nos 260 *bis*, III et 264 *bis*, VI et VII).

Mais du moins cet enfant, cet époux a-t-il le droit de la former?

La négative pourrait, même dans ce cas, être soutenue par des raisons puissantes : 1° L'article 182 autorise bien l'époux à demander la nullité de son mariage pour défaut de consentement *des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille;* mais il n'ajoute pas : *du tuteur ad hoc*, nommé dans le cas de l'article 159; et cette omission est d'autant plus significative, que le Tribunat avait effectivement demandé que, dans l'article 182, à la suite de ces mots : *des ascendants ou du conseil de famille*, on ajoutât ceux-ci : *du tuteur ou du curateur*. On n'eut aucun égard à cette observation, tandis qu'un autre amendement, proposé à la rédaction de ce même article, fut au contraire accueilli. Ainsi à ces mots : « dont le con-

sentement « *pouvait être* nécessaire, » on substitua ceux-ci : « dont le consentement *était* nécessaire » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 455, 456); donc, c'est bien à dessein que l'autre observation fut rejetée. 2° Cette solution n'est-elle pas la conséquence logique de celle qui précède, surtout dans le cas où un tuteur *ad hoc* n'aurait pas été nommé? De ce qu'il n'y avait alors aucune personne déterminée, dont le consentement fût nécessaire, ne doit-on pas conclure non-seulement qu'aucune personne ne pourra ensuite demander la nullité, mais que l'enfant lui-même ne pourra pas soutenir qu'il a méprisé une prétendue autorité, qui n'existait pas! (Vazeille, t. I, n° 269; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 73.)

Il faut avouer pourtant qu'un tel résultat serait bien regrettable! Aussi suis-je très-porté vers l'opinion contraire.

M. Valette, qui l'enseigne (sur Prudhon, t. I, p. 434, note *a*, 1) se fonde sur les termes mêmes de l'article 159 : « L'enfant naturel.... *ne pourra* se marier qu'après avoir « obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc*. » Mais ce moyen ne me paraîtrait pas concluant; car je n'admets pas que cette formule soit nécessairement irritante (*supra*, n° 238). J'aime donc mieux invoquer l'article 182 lui-même et soutenir que, d'après l'économie générale de notre titre, et particulièrement des chapitres I et II, cet article 182 se réfère à l'article 159 comme à l'article 160, lorsqu'il déclare annulable le mariage contracté sans le consentement *du conseil de famille*. — Mais l'enfant naturel n'a pas de conseil de famille! — Je réponds que la réunion d'amis ou d'étrangers, que le juge de paix compose alors (*supra*, n° 276), remplit absolument l'office d'un conseil de famille, et en porte effectivement le nom (art. 409). — Mais c'est un tuteur *ad hoc* qui est chargé de consentir à son mariage! — Je réponds que ce tuteur n'est lui-même que le délégué du conseil de famille qui le nomme. Voilà pourquoi, sans doute, l'addition propo-

sée par le Tribunat a pu paraître inutile; car il n'est pas supposable qu'on ait voulu laisser sans protection, dans une circonstance aussi grave, l'enfant naturel mineur, la jeune fille de quinze ou seize ans peut-être, engagée par séduction dans le plus malheureux mariage. Et remarquez qu'il n'y aurait pas seulement imprévoyance de la part du législateur, puisque l'amendement proposé par le Tribunat avait appelé son attention sur ce point. Ce serait donc à dessein qu'il aurait privé l'enfant naturel de cette action en nullité! Il est bien plus probable qu'il n'a écarté cet amendement que parce que l'article 182 lui a paru comprendre toutes les hypothèses, l'article 159 aussi bien que l'article 160. Marcadé (t. II, art. 182, n° 3) remarque avec raison que si ces mots, employés çà et là dans notre titre : *la famille*, *le conseil de famille*, ne s'appliquaient pas au *tuteur ad hoc*, il en résulterait des contradictions véritablement choquantes. Il faudrait, par exemple, d'une part affranchir de toute peine l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage d'un enfant naturel mineur de vingt et un ans sans exiger le consentement d'un tuteur *ad hoc*, et, d'autre part, condamner à l'amende et à l'emprisonnement l'officier de l'état civil, qui n'aurait pas exigé d'un enfant naturel majeur de vingt-cinq ans, la représentation des actes respectueux qu'il devait faire à ses parents! inconséquence évidente, mais nécessaire, si les mots : *famille* et *conseil de famille* ne comprennent pas le tuteur *ad hoc*. Car, d'une part, l'article 156 ne se servant que de ces mots, ne s'appliquerait pas au *tuteur ad hoc*, tandis que, d'autre part, l'article 157 comprend certainement tous les cas où des actes respectueux doivent être faits, même par des enfants naturels (Delvincourt, t. I, p. 74, note 2; Duranton, t. II, n° 294; D., *Rec. alph.*, v° *Mar.*, sect. IX, art. 1, § 2, n° 11; Allemand, t. I, n° 572; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 323).

279. — Cette action en nullité est d'ailleurs, aussi

bien que la précédente (n° 257), exclusivement attachée à la personne de ceux auxquels la loi l'accorde; elle ne pourrait donc être exercée ni par leurs créanciers, ni par leurs héritiers, qui n'auraient même pas le droit de continuer l'instance introduite par leur auteur (*supra*, n° 259; comp. Caen, 22 mai 1850, Le Bailly, Dev., 1852, II, 566; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 69; Massé et Vergé, t. I, p. 20; Demante, t. I, n° 264 *bis*, IV.)

280. — Mais est-ce à dire pourtant que cette action soit tellement personnelle, qu'après la mort de l'ascendant, dont le consentement était nécessaire, elle ne puisse plus être exercée absolument par aucun autre?

L'aïeul, par exemple, pourrait-il l'exercer après le décès du père? ou même le conseil de famille après le décès des ascendants?

On pourrait, en faveur de l'affirmative, présenter des motifs fort sérieux. Que cette action en nullité ne soit pas dans le patrimoine de l'ascendant, transmissible à ses héritiers aux biens, cela est incontestable. Mais telle n'est pas la question. Il s'agit de savoir si l'ascendant survivant, qui remplace dans l'exercice de la puissance paternelle, l'ascendant décédé, ou même si le conseil de famille, qui, à défaut d'ascendant, est aussi investi de cette puissance, si, disons-nous, l'ascendant ou le conseil ne succède pas, sous ce rapport à la mission que la loi avait confiée à l'ascendant, dont le consentement était nécessaire à l'époque du mariage. En principe, l'autorité paternelle est permanente; elle est toujours la même, quels que soient ses représentants et ses dépositaires. Ce n'est pas seulement l'ascendant qui est outragé par un mariage contracté sans son aveu; c'est la loi elle-même, c'est l'autorité instituée par la loi; or, cette autorité survit à l'ascendant, dont le consentement était requis à l'époque du mariage; donc, l'ascendant ou le conseil de famille, qui en est ensuit chargé, peut intenter l'action en nullité, dont la puissance paternelle était

armée, lorsqu'elle lui est échue (Vazeille, t. I, n° 268). Cette théorie n'est-elle pas, en outre, utile et morale? Supposez que le père est mort dans l'ignorance du mariage contracté par son fils ou par sa fille; ne serait-il pas bien regrettable que l'aïeul n'eût aucun moyen de demander la nullité d'un mariage honteux pour la famille, et qui prépare à l'enfant lui-même un déplorable avenir? Remarquons d'ailleurs que si cet aïeul ne peut pas demander la nullité du mariage, il ne pourra pas non plus logiquement le purger de cette nullité par sa ratification (*supra*, n° 273); or, ce serait là souvent une situation anormale et pleine d'inconvénients (*infra*, n° 285). On pourrait enfin, à l'appui de cette thèse, invoquer ce que j'ai déjà dit moi-même ailleurs. Lorsque le père, s'étant trouvé dans l'impossibilité de manifester sa volonté, a été remplacé par la mère, par l'aïeul ou par le conseil de famille (art. 149, 151, 160), j'ai pensé que l'action en nullité revenait au père, s'il recouvrait ses facultés en temps utile (*supra*, n° 273); or, n'y a-t-il pas, entre ces deux cas, une grande analogie?

Cette doctrine me paraîtrait fort sage; elle vient d'être adoptée par notre savant collègue M. Valette, dans son *Explication sommaire du livre I du Code Napoléon* (p. 109-111; ajout. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 323).

Mais je crois pourtant qu'elle doit se rendre devant le texte formel de la loi : l'article 182 n'accorde l'action en nullité qu'à *ceux dont le consentement était nécessaire;* or, lorsque le père existait à l'époque du mariage, le consentement de l'aïeul ou du conseil de famille n'était pas nécessaire; donc, ils ne peuvent pas demander la nullité. Le législateur a-t-il prévu notre hypothèse? a-t-il prévu le décès du père dans le délai utile pour intenter l'action? Il est permis d'en douter; mais, finalement, ce n'est qu'à lui qu'il l'accorde. J'ai cru, il est vrai, que le père recouvrant ses facultés, recouvre, avec la puissance paternelle

le droit de demander la nullité du mariage contracté par son enfant sans le consentement de ceux qui l'ont momentanément remplacé dans l'exercice de cette puissance; mais il me semble que ce cas est tout différent : d'une part, le père existait alors, au moment du mariage; et, à la rigueur, on peut dire que son consentement était nécessaire, et qu'il a été seulement suppléé; d'autre part, cette solution est presque indispensable pour nous soustraire à toutes sortes d'embarras qui résulteraient du système contraire; je ne comprendrais pas comment un conseil de famille pourrait conserver le droit de demander la nullité d'un mariage, malgré le père et même aussi malgré la mère, s'ils s'étaient trouvés tous les deux, à l'époque du mariage, dans l'impossibilité de manifester leur volonté (comp. Bastia, 7 mai 1859, Castano, Dev. 1860, II, 333; Toullier et Duvergier, t. I, n° 613; Duranton, t. II, n°s 289, 290; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 69; Massé et Vergé, t. I, p. 210; Demante, t. 1, n° 264 *bis*, IV.)

281. — Dans quels cas ceux dont le consentement était nécessaire, ou l'époux lui-même, peuvent-ils être non recevables à proposer cette nullité ?

Et d'abord, ceux dont le consentement était nécessaire sont non recevables :

1° Lorsqu'ils ont approuvé expressément le mariage; et l'article 185 ne soumettant cette approbation à aucune forme spéciale, il s'ensuit que tout acte même privé, fût-ce une simple lettre, suffirait, si d'ailleurs il témoignait de leur adhésion non équivoque;

2° Lorsqu'ils l'ont approuvé *tacitement*, c'est-à-dire par leurs façons d'être et d'agir, par leur conduite, par leurs procédés envers l'enfant et son conjoint. Comprenez-vous qu'un père, qui aurait été parrain de l'enfant de son fils, puisse venir, après cela, demander la nullité de son mariage ! (Pothier, n° 446.) C'est là, d'ailleurs, une question de fait;

3° Lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, mais seulement depuis l'époque où ils ont eu connaissance du mariage (Cass., 16 juillet 1817, Summaripa, Sirey, 1817, I, 232). C'est là une espèce de ratification tacite (*voy.* pourtant Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, 3ᵉ question *sur l'article* 183); et elle doit dès lors aussi purger une nullité qui ne reposait que sur un défaut de consentement.

282. — La mort de l'époux éteindrait-elle l'action en nullité, qui appartient aux ascendants ou au conseil de famille, si elle arrivait, bien entendu, avant toute ratification de leur part?

Suivant Delvincourt (t. I, p. 339, note 3) et même aussi suivant Zachariæ et ses savants annotateurs, MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 70), elle ne l'éteindrait ni à l'égard des ascendants, ni à l'égard du conseil de famille.

Duranton, au contraire, la maintient au profit des ascendants (t. II, n° 298), mais la déclare éteinte à l'égard du conseil de famille (t. II, n° 293; *voy.* aussi Toullier, t. I, n° 613; ajout. Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 110, 111; Demante, t. I, n° 265 *bis*, I).

J'avoue que je ne comprends pas bien la raison de cette différence: maintenez-vous l'action au profit des ascendants, parce que l'article 183, déterminant dans quels cas ils en sont privés, n'y mentionne pas le décès de l'enfant? mais cet article est applicable au conseil de famille comme aux ascendants! — Dites-vous qu'un individu décédé n'a plus de conseil de famille? mais a-t-il donc encore des ascendants! — Objectera-t-on enfin que l'autorité des ascendants est plus forte que celle du conseil de famille, et que, par exemple, elle dure plus longtemps? (Comp. art. 148, 150 et 160.) Ce motif ne me toucherait pas non plus; car le droit de consentir au mariage ne me paraît ni plus fort ni plus faible dans les

mains des ascendants que dans celles du conseil de famille ; et la preuve en est dans nos articles 182 et 183, qui, effectivement, ne distinguent pas. Il faudrait donc, suivant moi, déclarer : ou que l'action ne sera jamais éteinte par le décès de l'enfant, ou qu'elle le sera toujours ; et c'est ce dernier avis qui me semblerait préférable : toute tutelle, tout pouvoir tutélaire prend fin par la mort de celui qui en est l'objet; or, tel est le caractère principal et prédominant de l'autorité conférée par la loi aux ascendants ou à la famille, en ce qui concerne le mariage; l'intérêt des ascendants et des parents y entre, j'en conviens, dans une certaine mesure; mais toujours est-il que c'est, avant tout, pour protéger l'enfant que ce pouvoir lui est conféré ; et voilà pourquoi il n'existe que jusqu'à un certain âge; donc, l'enfant une fois décédé, cette autorité disparaît et *décède*, si je puis dire, elle-même. Un individu décédé n'a pas plus d'ascendant qu'il n'a de conseil de famille. — Il y a un cas où je comprendrais que l'action en nullité fût conservée aux ascendants et enlevée au conseil de famille : c'est lorsque l'époux a atteint ses vingt-cinq ou vingt et un ans, avant qu'il se soit écoulé une année depuis que les ascendants ou la famille ont connu le mariage. Je comprendrais qu'on dît que les ascendants pourront alors attaquer le mariage, l'enfant eût-il même trente ans, tandis que le conseil de famille ne pourrait plus l'attaquer, dès que l'époux aurait atteint sa vingt et unième année.... je comprendrais alors, dis-je, cette différence; car l'ascendant, père, mère, ou autre, n'en conserve pas moins toujours cette qualité envers son enfant, tandis que le conseil de famille, cet être de raison, ce pouvoir essentiellement tutélaire, prend toujours fin avec la majorité de l'enfant, et parce qu'enfin un individu majeur n'a pas plus de conseil de famille qu'un individu décédé. Eh bien, pourtant, Duranton n'admet pas, pour ce dernier cas, de différence; et après avoir dit que la mort

de l'époux éteint l'action en nullité qui appartenait au conseil de famille (n° 293), il ajoute que la majorité de cet époux ne l'éteint pas (n° 303). Mais, je le répète, il n'y a plus désormais de conseil de famille, pas plus, dis-je, dans un cas que dans l'autre. Aussi Marcadé (t. II, art. 182, n° 2) pense-t-il que l'action qui appartient au conseil de famille, ne survit pas à la majorité de l'époux; et telle est aussi l'opinion de M. Allemand (t. I, n° 588).

Que conclure donc finalement ?

La solution, à mon gré, la plus logique et la plus simple, serait celle qui déclarerait l'action en nullité éteinte toutes les fois que l'autorité, qui avait le droit de l'exercer, viendrait elle-même à s'éteindre; qui la déclarerait éteinte 1° sans distinction des personnes, c'est-à-dire à l'égard des ascendants aussi bien que du conseil de famille, 2° sans distinction des causes, c'est-à-dire par la majorité aussi bien que par la mort de l'époux. Je conviens que l'article 183 ne limite pas expressément la durée de cette action à la durée même de l'autorité à laquelle il l'accorde ; mais je ne crois pas non plus qu'on puisse prétendre, ainsi que l'a fait Delvincourt (t. I, p. 74, note 3). que le texte de cet article prolonge la durée de l'action des ascendants au delà même de la majorité de l'époux (*infra*, n° 291). Il me semblerait plutôt que cette limitation est sous-entendue. Direz-vous qu'après la majorité de l'époux (vingt-cinq ans dans ce cas) l'ascendant est toujours ascendant?— Soit! mais il n'a plus l'autorité qu'il avait avant la majorité; or, c'est de cette autorité, et non pas de son seul titre d'ascendant, que dérivait son droit d'agir en nullité. — Cette solution, d'ailleurs, aurait-elle donc tant d'inconvénients ? Il importe, dit-on, que les ascendants ou la famille aient le droit de demander la nullité d'un mariage honteux que l'enfant aurait contracté, et il serait regrettable que ce droit leur fût enlevé par sa mort ou par sa majorité. — Ces objec-

tions ne sont pas décisives; en effet, 1° on reconnaît que ce droit serait enlevé, du moins au conseil de famille, par la mort de l'époux; or, il n'y a pas plus d'inconvénient à ce qu'il lui soit enlevé par sa majorité; 2° on reconnaît que si le père, dont le consentement était nécessaire au moment du mariage, vient à mourir, même sans en avoir eu connaissance, son action en nullité ne passe pas à l'aïeul ou au conseil de famille; donc, l'inconvénient, qu'on signale, n'est pas tel que la loi ait dû s'en préoccuper. Ajoutez d'ailleurs que l'époux, lui, peut attaquer personnellement son mariage pendant une année, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour y consentir par lui-même; et que si, au lieu de l'attaquer, il le ratifie, le mal n'est pas grand, puisqu'il pourrait alors le contracter de nouveau. — Ne serait-ce pas bien plutôt le système contraire qui offrirait des dangers et des embarras! N'a-t-on pas vu un mariage annulé sur la demande d'un ascendant, vingt-trois années après la célébration! (Cass., 16 avril 1817, Summaripa, Sirey, 1817, 232.) Et quant au conseil de famille, se figure-t-on des collatéraux, très-éloignés peut-être, venant demander, après de longues années, la nullité du mariage de ce *mineur* âgé de trente ou quarante ans peut-être! L'inconvénient est tel qu'il a bien fallu en avoir raison; et on a dit que le conseil de famille *serait toujours présumé* avoir eu connaissance du mariage à la majorité de l'époux, et qu'il n'aurait dès lors jamais, pour l'attaquer, qu'un an à partir de cette époque (Duranton, t. II, n° 303; *D. Rec. alph.*, v° *Mar.*, sect. IX, art. 1, n° 17); or, c'est là, il faut en convenir, une présomption qui n'est écrite nulle part.

Tels sont mes motifs; mais je me hâte d'ajouter que le système contraire, avec plus ou moins de nuances et de distinctions, et, pour dire toute ma pensée, de contradictions, que ce système est presque unanimement enseigné.

283. — En tout cas, si la mort de l'époux n'éteint pas l'action en nullité, qui appartient aux ascendants, c'est bien le moins qu'elle n'en augmente pas la durée! (Cass., 5 nov. 1839, Falicon C. Villars, Dev. 1839, I. 822.)

284. — L'époux lui-même enfin peut ratifier le mariage et renoncer ainsi à son action en nullité.

A quel âge? Et comment?

A quel âge? seulement lorsqu'il pourrait *consentir par lui-même au mariage* (art. 183); car tant qu'il n'a pas atteint cet âge, il est aussi incapable de confirmer ensuite son mariage sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille, qu'il l'a été d'abord de le contracter (art. 1311). — Quel est cet âge? toujours vingt et un ans pour les filles; point de difficulté (art. 148). Mais pour les garçons, est-ce tantôt vingt et un ans ou tantôt vingt-cinq, suivant qu'ils ont encore ou qu'ils n'ont plus d'ascendants? (Art. 148-150.)

On a prétendu qu'il n'y avait pas lieu de distinguer, et et que même pour les garçons ayant des ascendants, l'âge *compétent* (art. 183) était toujours ici de vingt et un ans : pourquoi l'enfant, qui s'est marié sans le consentement de ses ascendants, peut-il, quoiqu'il ait lui-même consenti, demander la nullité du mariage? parce que le défaut de consentement des ascendants fait présumer que le consentement personnel de l'enfant n'est que le fruit de la séduction; on veut donc, pour qu'il puisse ratifier, qu'il ait l'âge où la loi le considère comme capable de donner lui même un consentement libre et éclairé; or, il est certain que la loi lui reconnaît cette capacité à vingt et un ans, puisque, s'il n'avait pas d'ascendant, il pourrait en effet se marier à cet âge sans le consentement de personne (art. 160). D'autre part, la circonstance qu'il existe ou qu'il n'existe pas des ascendants, ne saurait avoir d'influence sur son jugement et son intelligence; donc, elle n'en peut pas avoir davantage sur sa capacité;

donc, c'est, dans tous les cas, à vingt et un ans que le garçon est lui-même capable de ratifier son mariage (Delvincourt, t. I, p. 74, note 6; Toullier et Duvergier, t. I, n° 615, note *a*).

Mais cette solution me paraît contraire aux textes et aux principes :

1° D'après l'article 182, le mariage contracté sans le consentement des père et mère et des ascendants, dans le cas où ce consentement était nécessaire, peut être attaqué *par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement ;* le texte est général, et comprend nécessairement le mariage contracté même par un garçon de vingt-quatre ans sans le consentement de son ascendant (art. 148); or, d'après l'opinion qui précède, le garçon âgé de plus de vingt et un ans, qui se serait marié sans le consentement de ses ascendants, ne pourrait pas lui-même demander la nullité de son mariage ; cette conséquence est inévitable, et les partisans de cette opinion en conviennent; donc, l'article 182 est violé, puisque le consentement de l'ascendant était, dans ce cas, nécessaire, et que cet article accorde toujours l'action en nullité à l'époux lui-même, qui avait besoin de ce consentement.

2° L'article 183 déclare que l'époux doit avoir l'âge compétent pour consentir *par lui-même* au mariage ; *par lui-même !* c'est-à-dire *par lui seul!* c'est-à-dire sans le consentement d'aucun autre! or, d'après les articles 148-150, cet âge est vingt-cinq ans seulement pour le garçon qui a des ascendants; donc, les articles 183 et 148-150 sont violés par l'opinion contraire autant que l'article 182.

3° Mais, dit-on, le jugement et l'intelligence de la personne ne dépendent pas de la circonstance, toute extérieure et accidentelle, qu'elle a ou qu'elle n'a pas un ascendant ! — C'est méconnaître les principes ! c'est confondre deux choses très-distinctes : la capacité légale

ou juridique avec la capacité naturelle. En fait, sans doute, l'intelligence, la capacité naturelle d'un homme de vingt-trois ans est la même, soit qu'il ait des ascendants, soit qu'il n'en ait pas ; mais en droit et quant au mariage, elle est différente ! n'est-il pas vrai que, s'il n'a pas d'ascendants, il pourra se marier sans le consentement de personne, et que, s'il a des ascendants, il ne pourra pas se marier sans leur consentement? oui, sans doute (art. 150) ; donc, sa capacité légale est différente, et l'article 488 a soin de rappeler en effet cette modification ; or, dès qu'on reconnaît, et il le faut bien apparemment, les textes sont assez formels ! dès qu'on reconnaît, dis-je, l'empêchement pour celui qui a des ascendants, il faut, de toute nécessité, reconnaître aussi tous les effets que la loi attache toujours à cet empêchement, quand il existe. Ce n'est pas le seul cas d'ailleurs où la capacité légale d'une personne soit modifiée par une circonstance extérieure. Ainsi, tandis que la femme majeure, fille ou veuve, est en général aussi capable que l'homme (art. 488), la femme mariée perd au contraire une grande partie de sa capacité (art. 215, 217, 1124). Le mariage non plus sans doute n'a pas d'influence sur son jugement ni sur sa capacité naturelle; mais il modifie sa capacité légale (*voy.* aussi art. 346). Je conclus donc que ce n'est qu'à vingt-cinq ans que commence, pour le garçon, qui a des ascendants, l'âge compétent dont il est question dans l'article 183 (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, quest. 2 *sur l'article* 183 ; Duranton, t. II, n° 307 ; Vazeille, t. I, n° 271 ; Zachariæ, t. III, p. 370).

285. — Supposez pourtant que l'ascendant, dont le consentement était nécessaire au moment du mariage, vienne à mourir avant que l'enfant ait atteint sa vingt-cinquième année.

Je pense qu'il faudra distinguer : si, après la mort de cet ascendant, l'enfant n'en a plus aucun autre, il est, dès ce moment, majeur légalement quant au mariage,

il a de suite l'âge compétent pour y consentir *par lui-même*; et dès lors le délai d'un an fixé par l'article 183 court immédiatement contre lui. — Si, au contraire, après la mort de cet ascendant, l'époux en a encore un autre; si par exemple, après le décès de ses père et mère, il lui reste un aïeul, alors il ne pourrait pas encore consentir *par lui-même*, c'est-à-dire par lui seul au mariage; donc, le délai ne doit pas courir avant qu'il ait vingt-cinq ans. C'est pour cette hypothèse qu'il serait, j'en conviens, très-désirable que l'ascendant survivant, que l'aïeul, dans notre exemple, pût confirmer ce mariage par sa ratification; car autrement, voilà une nullité qui ne pourra être, pendant un certain temps, effacée par personne : ni par l'époux, tant qu'il n'aura pas vingt-cinq ans; ni par cet ascendant, s'il est vrai qu'il n'ait pas le droit de confirmer le mariage. Et pourtant c'est une nullité relative! et la loi favorise toujours, en fait de mariage, les ratifications et les confirmations. Aussi M. Valette accorde-t-il à l'aïeul le pouvoir de ratifier le mariage (sur Proudhon, t. I, p. 346, note *a*). Mais j'ai dit plus haut (nº 273) les motifs qui me portent à croire que cette solution n'est pas conforme aux vrais principes; elle est favorable sans doute, et le législateur l'aurait très-vraisemblablement consacrée, s'il avait prévu toutes ces combinaisons, toutes ces complications. Mais il est permis de croire qu'elles ne se sont pas offertes à sa pensée; et dans l'état actuel des textes et des principes, et tout en reconnaissant que, dans la pratique, il se pourrait bien que la ratification de cet ascendant fût déclarée suffisante, je persiste à dire que, logiquement, il n'aurait pas le droit de ratifier.

286. — Mais d'ailleurs est-il donc vrai que cette nullité ne pourrait être couverte par aucun moyen?

Ne serait-il pas possible de célébrer de nouveau le mariage devant l'officier de l'état civil, avec le consentement de l'aïeul?

Cette question est importante; et puisqu'elle s'offre ici, je vais l'examiner une fois pour toutes. Il s'agit de savoir si les époux, qui ont des motifs sérieux de craindre que leur mariage ne soit exposé à une action en nullité, peuvent se marier une seconde fois, afin que cette nouvelle célébration confirme *ut ex tunc* la première, si celle-ci est maintenue, ou forme *ut ex nunc* entre eux un second mariage, si le premier est annulé.

Les époux auraient certainement, dans plusieurs cas, beaucoup d'intérêt à pouvoir employer ce moyen prévoyant; ainsi :

1° Dans l'hypothèse du numéro qui précède (n° 285), cet enfant marié sans le consentement de son père aujourd'hui décédé, et placé maintenant sous l'autorité de son aïeul, purgerait par une nouvelle célébration, à laquelle l'aïeul consentirait, cette nullité que, sans cela, ni lui ni son aïeul ne pourraient effacer;

2° D'après l'opinion générale, les ascendants ou la famille peuvent intenter l'action en nullité, même après que l'époux a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, tant qu'il ne s'est pas écoulé une année depuis qu'ils en ont eu connaissance (*supra*, n° 282); or, l'époux maintenant âgé de vingt-cinq ans et demi, exposé à une action en nullité de la part de son père, qui vient seulement d'apprendre le mariage contracté par l'enfant avant ses vingt-cinq ans, l'époux se garantirait ainsi de cette action en nullité;

3° Si la célébration du mariage n'a pas été faite avec une publicité suffisante ou par l'officier de l'état civil compétent, le mariage peut être attaqué; et les époux auraient alors d'autant plus d'intérêt à renouveler, à recommencer cette célébration, que la nullité résultant de la clandestinité de la célébration ou de l'incompétence de l'officier public est absolue, c'est-à-dire proposable par quiconque aura intérêt (191), et en général perpetuelle (*voy.* pourtant art. 191, et *infra*, n° 326).

4° Si les époux s'étaient mariés en pays étranger, ils pourraient craindre encore que les formalités du pays dans lequel la célébration a été faite, n'eussent pas été exactement observées; ou encore il se pourrait qu'il n'y eût pas eu de publications en France et que cette omission les préoccupât.

Eh bien donc! je demande s'ils pourraient alors se *remarier?*

Direz-vous que nulle part la loi n'autorise cette extraordinaire ratification, et que ce serait là se faire un jeu des solennités de la célébration? Le mariage, même annulable, existe tant qu'il n'est pas annulé; or, on ne peut pas contracter un second mariage, tant que le premier existe (art. 147); donc, ce mariage même fait obstacle à toute célébration nouvelle. Est-ce que l'officier de l'état civil pourrait être contraint de marier et de remarier ainsi les mêmes personnes, parce qu'elles craindraient, peut-être sans aucun motif, une action en nullité? la dignité de la loi et de son ministre n'en seraitelle pas souvent bien compromise! le mariage est chose plus sérieuse; et dès qu'il est une fois célébré, la loi le tient pour valable, tant que les tribunaux ne l'ont pas annulé.

Je crois pourtant que les époux doivent avoir cette faculté: et d'abord, est-il sage et raisonnable de la leur accorder? assurément! la raison et la justice exigent que ces époux, dont le mariage est entaché d'un vice susceptible de le faire annuler, ne soient pas maintenus indéfiniment dans cette déplorable incertitude, et qu'ils puissent assurer leur propre état et celui de leurs enfants.

Cela posé, la loi s'y oppose-t-elle? Je ne connais, en ce sens, aucun texte; car il est clair que l'article 147, qui a pour but de prohiber la bigamie, est de tous points inapplicable à l'hypothèse d'une nouvelle célébration *entre les mêmes personnes.*

Cette faculté, dont les avantages sont incontestables,

aurait-elle d'ailleurs des inconvenients? je n'en aperçois pas.

Si le premier mariage était valable, le second, fait tout exprès pour le confirmer, ne l'annulerait pas apparemment! (Cass., 23 août 1826, Ogé C. Mennet, Sirey, 1827, I, 103); et les époux feraient bien de demander à l'officier de l'état civil d'expliquer le but et l'intention de ce second acte.

Si le premier mariage était annulable, il resterait toujours tel; et les tiers et tous les intéressés pourraient, même après la célébration du second, en proposer la nullité, pour soutenir par exemple que les conventions matrimoniales des époux ne doivent avoir d'effet qu'à partir de la seconde célébration.

Mais remarquez que l'intérêt le plus essentiel serait toujours sauvé! l'état des époux et celui des enfants qui, nés même avant la seconde célébration, auraient été du moins légitimés par elle (art. 331).

Mais, dit-on, vous ne pourrez pas contraindre l'officier de l'état civil?

D'abord, l'objection ne fera rien, si l'officier de l'état civil consent à remarier les époux; et ensuite, s'il refuse, je répondrai que c'est résoudre la question par la question, que de nous dire que nous ne pourrons pas le contraindre. Nous le pourrons, si nous avons la faculté de nous remarier et si son devoir, à lui, est de procéder à cette nouvelle célébration. La question sera donc portée devant le tribunal, et ce sera tant mieux! ne craignez plus alors la moindre atteinte à la dignité de la loi et de son officier! Le tribunal examinera si les parties s'alarment trop facilement, ou si au contraire la nullité, qui leur fait peur, présente effectivement un caractère sérieux et menaçant; il sera même convenable, dans le cas où il s'agirait de la nullité fondée sur le défaut de consentement d'un ascendant, de mettre en cause cet ascendant et de l'interpeller sur le point de savoir s'il a, oui

ou non, l'intention d'attaquer le mariage; car s'il répond négativement, tout sera dit. Mais s'il annonce une volonté contraire, soit par une déclaration formelle, soit même par son refus de répondre, le tribunal pourra ordonner à l'officier de l'état civil de procéder de nouveau à la célébration du mariage de cet époux, qui maintenant est capable de se marier sans le consentement de personne. Et c'est surtout lorsqu'il s'agira de nullité absolue, qu'il y aura lieu de concéder cette faculté aux époux, puisque cette espèce étant en général proposable en tout temps et par tous les intéressés, il est évidemment impossible de les mettre en cause et d'avoir de suite raison de cette nullité autrement que par une célébration nouvelle.

Aussi, je lis dans Pothier (n° 362), que la nullité du *mariage célébré par un prêtre incompétent ne peut se purger ni se couvrir que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire une nouvelle célébration.* Cette réhabilitation était, en effet, fort usitée dans notre ancien droit; bien plus! la Déclaration du roi du 15 juin 1697 ordonnait même d'y procéder lorsqu'elle était requise (Code matrimonial, p. 147).

Et la pensée des auteurs du Code Napoléon a été si peu de réprouver ce mode de confirmation ou de *réhabilitation* qu'ils avaient d'abord proposé d'autoriser le ministère public à faire enjoindre aux parties d'y procéder (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 419; comp. Angers, 21 août 1840, le maire de Saint-Léger des Bois, Dev., 1840, II, 373; Gand, 27 mai 1853, Bauwens, D., 1853, II, 220; Coin-Delisle, *Revue critique de jurisprudence*, 1854, t. V, p. 212 et suiv.; Orléans, 26 août 1871, Mesnard, Dev., 1872, II, 145; Cass., 24 juill. 1872, Tourangin, Dev., 1872, I, 330).

Nous avons même eu, pour notre part l'occasion de conseiller une seconde célébration de mariage à des époux qui, s'étant mariés en pays étranger, craignaient,

pour eux-mêmes et pour leur enfant, que ce mariage ne fut l'objet de quelque contestation; et l'officier de l'état civil de Caen a procédé, en effet, à une nouvelle célébration de leur mariage le 2 mai 1846.

On lit, dans l'acte de mariage, que les époux déclarent reconnaître leur enfant, *aux fins de lui assurer, en temps que besoin serait, le bénéfice de la légitimation.*

287. — Comment l'époux lui-même peut-il renoncer à son action en nullité?

L'article 183 le déclare non recevable, *lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part*, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.

C'est là une espèce de prescription, une sorte de ratification tacite. Mais est-ce la seule qu'on doive admettre, et l'époux ne pourrait-il pas avoir renoncé à son action par tout autre mode de ratification soit tacite, soit expresse?

D'abord, il ne paraît point contestable que la ratification *expresse* est possible; l'ancien droit l'admettait (Pothier, n° 446); nous avons vu que l'article 182 ne s'y oppose nullement dans le cas qu'il prévoit; et l'article 183 lui-même, consacrant ce mode de ratification de la part des ascendants, n'a pas certainement voulu le rendre impossible de la part de l'époux; cela serait tout à fait sans raison!

288. — Mais, au contraire, il y a beaucoup de doutes sur le point de savoir si la ratification tacite peut résulter d'autres faits, d'autres circonstances que du silence gardé pendant un an par l'époux. Pourrait-on, par exemple, l'induire du fait de la cohabitation des époux?

Pourquoi pas? dira-t-on. En règle générale, l'exécution volontaire d'une convention emporte la ratification (art. 1311-1338); or, la cohabitation des époux est l'exécution de leur convention de mariage; donc, elle doit les rendre non recevables ensuite dans leur action en nullité. C'est sur ce principe que l'article 181 est fondé; et, comme l'article 183 n'exige pas une cohabita-

tion nécessairement continuée pendant un certain délai, il s'ensuit que les tribunaux auront ici toute liberté dans l'appréciation du fait, et pourront trouver une preuve de ratification tacite dans la cohabitation, quelque courte qu'en ait été la durée. Ne serait-il pas déplorable qu'après dix mois et plus de vie commune, et même après la naissance d'un enfant, l'époux pût venir encore proposer cette nullité! (Delvincourt, t. I, p. 74, note 6; Toullier, t. I, n° 616; Vazeille, t. I, n° 271; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 71.)

Ces motifs, dont je reconnais la gravité, ne me persuadent pourtant pas : l'article 183 déclare l'époux non recevable, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part; voilà le texte! Que veut-on faire néanmoins? déclarer l'époux non recevable avant qu'il se soit écoulé une année.

Mais, dit-on, cet article est indépendant du fait de la cohabitation ; il n'est pas rédigé comme l'article 181 ; il ne l'exige pas! (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, quest. 3).

J'en conviens; mais assurément il ne l'exclut pas non plus. Et je vais plus loin; je prétends qu'il la suppose. L'article 183 suppose, dis-je, la cohabitation concourant avec le laps d'une année : d'abord, parce qu'en général telle est l'hypothèse ordinaire, et que la cohabitation est une suite naturelle du mariage, à ce point même qu'on ne devrait pas toujours y voir une ratification suffisante (*supra*, n° 261); et puis, dans ce cas particulier, parce qu'il s'agit d'un mariage contracté par un mineur, sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille, et que chacun sait que ces sortes de mariages, presque toujours le fruit de la séduction, de la passion, sont plus certainement que les autres encore suivis de l'intime union des époux. Ne serait-ce pas même pour cette cause que la loi aurait accordé, dans ce cas, à l'époux, le délai d'un an, et que, sans exiger la cohabitation,

elle n'aurait pas voulu non plus s'en contenter comme d'une preuve suffisante de confirmation? Il est permis de trouver ce délai trop long sans doute et de regretter que la cohabitation, qui n'aurait pas duré une année entière, ne puisse pas être considérée comme une ratification tacite; je ne serais même pas surpris qu'en fait, si les circonstances étaient favorables, elle ne fût considérée comme telle (Duranton, t. II, n° 312); mais je n'en persiste pas moins à croire que l'article 183 ne permet pas de l'admettre (Allemand, t. I, n° 593; comp. aussi Demante, t. I, n° 265 *bis*, VII et VIII).

289. — Au reste, l'époux devrait être encore déclaré non recevable, s'il avait employé des manœuvres frauduleuses pour tromper l'autre époux sur son âge véritable, et afin d'échapper à l'obligation de produire le consentement de ses ascendants ou de sa famille. Telle est la règle générale (art. 1307-1310), fondée sur la raison, sur l'équité, et certainement applicable au mariage, non moins qu'aux autres conventions. L'action en nullité, dans ce cas, n'appartiendrait donc qu'aux parents dont le consentement était nécessaire (Duranton, t. II, n° 296; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 470; Massé et Vergé, t. I, p. 210).

290. — La ratification des ascendants ou de la famille couvre absolument la nullité et ne permet plus à personne, ni à ceux qui ont ratifié, ni à l'époux lui-même d'attaquer le mariage. D'une part, le texte même de l'article 183, dans sa première partie, est formel à cet égard; d'autre part, cette ratification, détruisant la présomption légale de séduction, détruit ainsi le motif sur lequel reposait l'action en nullité accordée à l'époux. Il est vrai qu'en général celui à qui une action en nullité appartient, ne peut, surtout lorsqu'il est incapable, en être privé par le fait d'un tiers; le mineur, par exemple, par le fait de son tuteur : la femme, par le fait de son mari. Mais le mariage est régi par des disposi-

tions spéciales, et la loi prend à cœur de le maintenir.

291.— On enseigne généralement que la ratification de l'époux n'a d'effet que contre lui-même, et ne prive pas au contraire les ascendants de leur action en nullité (Delvincourt, t. I, p. 74, note 3; Toullier, t. I, n° 618 ; Duranton, t. II, n° 229; Vazeille, t. I, n° 264; Demante, *Progr.*, t. I, n° 222; Allemand, t. I, n° 594). On prétend que cette différence résulte clairement de la seconde partie de l'article 183; et c'est de là aussi qu'on argumente pour soutenir que les ascendants et la famille peuvent encore intenter l'action en nullité, même après que l'époux a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. En effet, dit-on, l'époux lui-même ne peut donner de ratification valable qu'après avoir atteint cet âge; or, l'article 183 déclare que sa ratification ne détruit pas l'action en nullité des ascendants ou de la famille : donc, il est évident que cette action appartient encore aux ascendants ou à la famille, même après que l'époux a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.

Il faut que je réponde à cette objection ; car si elle est fondée, si l'article 183 porte en effet que la ratification de l'époux n'éteint pas l'action en nullité des ascendants ou de la famille, l'opinion que j'ai essayé de soutenir plus haut (n° 282), deviendrait, j'en conviens, absolument insoutenable; mais il me semble que l'article 183 ne dit pas ce qu'on lui fait dire : il est vrai que, dans sa première partie, on lit que l'action en nullité ne peut plus être intentée *ni par les époux ni par les parents*, lorsque le mariage a été confirmé par ceux dont le consentement était nécessaire; tandis que la seconde partie ajoute seulement que l'action ne peut être intentée non plus *par l'époux* (sans ajouter alors *ni par les parents*), lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part. Mais je crois pouvoir fournir aussi de cette diffé-

rence une explication qui, loin de détruire la solution que j'ai présentée, ne fera que la confirmer. En effet, j'ai dit deux choses : 1° que les parents ou la famille ne pouvaient ratifier le mariage que tant que l'époux dépendait d'eux, tant qu'il n'avait pas lui-même l'âge compétent pour y consentir; leur ratification interviendra donc toujours à une époque où l'action en nullité appartient encore à l'époux lui-même ; et on a dû dès lors expliquer formellement que cette ratification éteindrait aussi l'action dans la personne de cet époux. J'ai dit 2° que l'époux ne pouvait ratifier qu'après avoir atteint l'âge compétent pour consentir lui-même au mariage ; or, à cette époque, les ascendants ou la famille n'ont plus, suivant moi, d'action en nullité; donc, l'article 188 n'avait pas besoin de déclarer que la ratification de l'enfant l'éteindrait. En deux mots : quand la ratification des ascendants ou de la famille peut être donnée, l'action en nullité appartient encore nécessairement à l'enfant; au contraire, quand la ratification de l'enfant peut être donnée, l'action en nullité n'appartient nécessairement plus aux ascendants ou à la famille. On comprend donc très-bien comment la première partie de l'article 183 a déclaré que la ratification des ascendants éteindrait l'action de l'enfant, tandis que la seconde partie n'a pas dit et ne pouvait pas dire que la ratification de l'enfant éteindrait l'action des ascendants ou de la famille, action déjà éteinte par sa majorité !

N° 2. — *Des nullités absolues.*

292. — Le chapitre IV de notre titre détermine cinq causes de nullité absolue :

1° L'impuberté ;

2° L'existence d'un premier mariage;

3° La parenté ou l'alliance au degré prohibé (art. 184);

4° Le défaut de publicité de la célébration ;

5° L'incompétence de l'officier public (art. 191).

A. Dans quels cas ces nullités existent elles ? — B. Par qui peuvent-elles être proposées? — C. Sont-elles susceptibles de se couvrir?

A. *Dans quels cas ces nullités existent-elles ?*

293. — Nous le savons déjà ; l'article 184 en effet rappelle les articles 144, 147, 161, 162 et 163; or, nous avons expliqué ces articles en exposant les conditions requises pour la validité du mariage. Nous ne pouvons donc que nous référer à ce qui a été dit plus haut sur les empêchements résultant de l'impuberté (nos 15-18); de l'existence d'un premier mariage (nos 94, 95) ; de la parenté et de l'alliance (nos 96-120).

Constatons seulement ici que ces trois empêchements sont *dirimants* (art. 184).

294. — La même observation semblerait devoir s'appliquer au défaut de publicité du mariage et à l'incompétence de l'officier qui l'a célébré; car nous avons aussi exposé plus haut ce qui concerne les formalités relatives à la célébration et à la compétence de l'officier de l'état civil.

Toutefois, et pour ces deux dernières causes de nullité absolue, il nous reste des observations importantes à présenter ici.

Parlons d'abord de la publicité de la célébration.

Les divers éléments qui concourent à la publicité du mariage, nous les connaissons déjà : les publications ; — l'intervalle qui doit les séparer l'une de l'autre ; — le délai avant lequel le mariage ne peut pas être célébré, depuis la seconde publication ou depuis la publication unique; — la célébration dans la maison commune; — en présence de quatre témoins mâles et majeurs ; —

l'admission du public ; — telles sont les conditions requises, à cet effet, par la loi (*supra* nos 178-214).

Eh bien ! l'une ou l'autre de ces conditions venant à manquer, dans quels cas pourra-t-on prétendre que le mariage n'a pas été public ?

Direz-vous : la loi veut, sous peine de nullité, que le mariage soit célébré publiquement (art. 191) ; or, elle a déterminé elle-même les éléments de la publicité qu'elle exige ; donc, l'absence de l'un de ces éléments, quel qu'il soit, fait que la publicité légale n'existe pas. La loi, en effet, a eu à décider cette question : en quoi doit consister la publicité du mariage ? Elle a dû en conséquence peser le pour et le contre, voir jusqu'où il fallait aller et où il fallait s'arrêter dans ses exigences sur ce point ; et voilà précisément ce qu'elle a fait ! Ainsi la loi a exigé les publications et l'affiche du mariage.... Vous ne pouvez pas dire qu'il y aura publicité à ses yeux, là où les publications et l'affiche n'auront pas été faites. Ainsi la loi n'a point demandé six témoins, c'était trop ; mais elle ne s'est pas non plus contentée de trois témoins, c'était trop peu ! elle a donc décidé, bien ou mal, à tort ou à raison, mais enfin souverainement décidé que ce nombre de trois était insuffisant.... vous ne pouvez pas vous montrer moins exigeant qu'elle ; c'est-à-dire la réformer, la refaire ; donc, il n'y a point de publicité légale dans un mariage auquel trois témoins seulement ont assisté ; autrement vous n'avez plus de base, plus de règle ; si trois témoins suffisent, pourquoi pas deux ? pourquoi pas un seul ? une seule femme peut-être ? pourquoi même en appeler aucun ?

Il y a du vrai dans cette argumentation : la loi ne s'est pas effectivement bornée à dire que le mariage serait célébré publiquement ; elle a fait plus, elle a déterminé les conditions de cette publicité. On peut donc dire, à la rigueur, que le mariage n'est pas célébré publiquement, d'après la loi, si l'une ou l'autre

des conditions qu'elle ordonne n'a pas été remplie. Il faut donc les remplir toutes et sans exception. Jusqu'ici, je suis d'accord avec vous; mais faut-il en conclure que le mariage devra être déclaré nul, s'il arrive que toutes les conditions de publicité n'aient pas été ponctuellement et scrupuleusement remplies une à une! Oh! c'est là ce qui ne pouvait pas être. Voyez donc en effet à quelles conséquences nous conduirait un tel système! à la nullité d'un mariage, auquel, par exemple, un seul des quatre témoins aurait manqué; à la nullité nécessaire e inexorable, lors même que ce mariage, valable et régulier à tous égards, n'aurait pas été d'ailleurs entaché du moindre vice de clandestinité!

Aussi l'article 193 a-t-il pour but d'accorder, à cet égard, aux magistrats, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation :

« Les peines portées par l'article précédent seront en-« courues par les personnes qui y sont désignées, pour « toutes contraventions *aux règles prescrites par l'arti-« cle* 165, *lors même que ces contraventions ne seraient pas « jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du ma-« riage.* »

C'est qu'en effet il ne s'agit pas ici d'un fait unique et absolu; rien, au contraire, n'est plus relatif et plus complexe que la publicité; elle se forme de beaucoup d'éléments divers, dont aucun n'est essentiel, considéré isolément; et il se peut très-bien que, malgré l'absence de quelques-uns d'entre eux, la publicité n'en ait pas moins existé, très-convenable et très-suffisante. La loi donc a fait sagement de ne pas trancher toujours, d'avance et *a priori*, une question sur laquelle l'influence du fait est nécessairement toute-puissante. Les tribunaux auront à apprécier jusqu'à quel point la publicité aura manqué, si la célébration a eu lieu hors la maison commune (*supra*, n° 206), ou à une heure indue (n° 208); si les quatre témoins n'ont pas été présents, ou s'ils n'avaient

pas les qualités requises, ou si le public n'a pas été admis, etc., etc.; leur décision, à cet égard, fondée sur l'appréciation des faits que la loi elle même leur défère, serait à l'abri de la cassation (comp. Caen, 13 juin 1819, Danneville, Sirey, 1819, II, 225; Paris, 13 août 1851, Vergniol, Dev., 1851, II, 465; Paris, 5 janv. 1852, Farcy, Dev., 1852, II, 14; Lyon, 10 avril 1856, Chuzeville, Dev., 1856, II, 706; Agen, 28 janv. 1857, Peyrusse, Dev., 1857, II, 215; Aix, 18 août 1870, Granoux, Dev., 1872, II, 69; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 102; Massé et Vergé, t. I, 179; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, nos 335, 336; Demante, t. I, n° 257 *bis*, II et III; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 112).

295. — Cette théorie toutefois s'applique-t-elle au défaut de publications?

Non, suivant Proudhon, qui enseigne que le défaut *absolu* de toutes publications serait une cause *nécessaire* de nullité (t. I, p. 409 et 441).

Mais c'est là une opinion extrême qui n'a presque trouvé aucun partisan. Le plus qu'on pourrait dire, c'est que les magistrats seraient alors autorisés à user du pouvoir discrétionnaire que leur attribue l'article 193, et à valider ou à déclarer nul le mariage, suivant que l'absence de toutes publications leur paraîtrait avoir plus ou moins altéré la publicité; et je suis en effet arrivé à ce résultat par la combinaison de l'article 170 avec l'article 192, en ce qui concerne les mariages célébrés en pays étranger (*supra*, n° 225); mais à part cette hypothèse, à laquelle l'article 170 fournit un argument spécial, je pense que lors même qu'aucune publication n'aurait été faite, les magistrats ne pourraient pas annuler le mariage en vertu de l'article 193, si d'ailleurs la célébration elle-même avait été publique : 1° Les articles 191 et 193, combinés avec l'article 165, ne prononcent la nullité que contre le mariage qui n'a pas été *célébré* publiquement (art. 165), *contracté* publiquement (art. 191); or,

les publications ne font point partie de la célébration même du mariage; elles ne sont point, sous ce rapport, un des éléments de publicité de cette célébration; donc, la nullité, prononcée par les articles 165 et 191, ne s'y applique pas, ni par suite le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 193 aux magistrats. 2° Cette démonstration ne résulte pas moins de la combinaison des articles 192 et 193, dont le premier, prévoyant précisément le défaut de publications que la loi exige, se borne à prononcer une amende contre l'officier public et les parties; tandis que le second, s'occupant des éléments de publicité de la célébration elle-même, déclare que la nullité pourra être ou n'être pas prononcée, suivant les circonstances. 3° Enfin, les travaux préparatoires du Code Napoléon semblent devoir lever, sur ce point, tous les doutes (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 409, 419 et 457). Le défaut de publications, il est vrai, aggravera toujours les autres vices de clandestinité qui seraient reprochés à la célébration elle-même; ce que nous disons ici, c'est que l'absence de toute publication ne peut pas être légalement, par elle-même et par elle seule, une cause de nullité (Grenoble, 27 fév. 1817, Blache, Sirey, 1818, II, 103; Riom, 10 juill. 1829, Benoît, Sirey, 1829, II, 320; Delvincourt, t. I, p. 66, note 2; Toullier, t. I, n° 569; Duranton, t. II, n° 334; Valette sur Proudhon, t. I, p. 409, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 100; Massé et Vergé, t. I, p. 179; Demante, t. I, n° 274 *bis*).

296. — La même observation me paraît vraie à l'égard des formalités de la célébration elle-même, qui ne sont pas des éléments de la *publicité*, comme, par exemple, la lecture aux parties des pièces indiquées par l'article 75 et du chapitre VI de notre titre. Les articles 65 et 191 ne peuvent pas alors être invoqués ; et aucun autre texte ne prononce de nullité contre cette infraction.

297. — Pareillement, les articles 165, 191 et 193 combinés ne permettant d'annuler le mariage pour dé-

faut de publicité qu'autant que ce mariage n'a pas été *célébré* et *contracté* publiquement, il en résulte que, dès que la célébration a été publique, le mariage est valable sous ce rapport, et ne saurait être ensuite annulé pour cette cause (comp. Aix, 18 août 1870, Granoux, Dev., 1872, II, 69).

C'est qu'il importe, en effet, de ne pas confondre le mariage *clandestin* avec le mariage *secret*, c'est-à-dire avec celui que les époux, d'ailleurs régulièrement unis, ont caché à la connaissance de la société et des tiers. Ces mariages secrets, *qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité du mariage* (Ordonn. de 1639, art. 5), étaient privés des effets civils sous notre ancien droit, qui voulait certainement aussi par là empêcher les mésalliances, que ces sortes d'unions pouvaient surtout favoriser (Pothier, n°s 426, 427).

Quoi qu'il en soit, cette peine n'existe plus aujourd'hui (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 503-506); et le mariage, même tenu secret, n'en produit pas moins tous les effets civils, sauf pourtant le droit pour les tiers d'invoquer l'article 1382, si cette dissimulation des époux leur a été préjudiciable (*supra*, n° 229; Cass., 15 pluviôse an XIII, Sirey, 1805, I, 81; Lyon, 25 août 1831, Brulat C. Garel, Dev., 1832, II, 357; Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mar.*, sect. IX, n° 2, et t. II, v° *Clandestinité*, sect. II, § 2; Toullier, t. I, n° 649; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 103; Demante, t. I, n° 272 *bis*, II).

298. — Les magistrats ont-ils, en ce qui concerne la compétence de l'officier de l'état civil, le même pouvoir d'appréciation discrétionnaire qui leur appartient quant à la publicité de la célébration?

Pour soutenir que l'article 193 n'est point applicable dans ce cas, on a dit :

1° De toutes les nullités, la plus radicale est celle qui résulte de l'incompétence de l'officier public. « Il n'y a « pas mariage, mais commerce illicite entre des personnes « qui n'ont point formé leur engagement en présence de

« l'officier public, témoin nécessaire du contrat.» (Portalis.) Il est donc impossible d'abandonner à l'arbitraire du juge cette forme essentielle! Autrement il n'y aura plus de règle, plus de loi, à vrai dire, sur cette condition qui intéresse si éminemment l'ordre social (Duranton, t. II, nos 339-344; *voy.* même aussi Proudhon, t. I, p. 442). 2° La nature même des choses résiste d'ailleurs ici à cette doctrine. La compétence de l'officier public est une condition absolue, qui n'est pas susceptible de plus ou de moins; l'officier public sera tout à fait compétent, ou il ne le sera pas du tout. Il n'y a pas de milieu; c'est là un fait unique, indivisible et très-différent de la publicité, à laquelle concourent beaucoup de circonstances particulières et d'éléments différents (comp. Rieff, n° 224; Favard, v° *Mariage*, sect. v, n° 7; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 336).

Ce dernier argument paraît tel à Marcadé (t. II, art. 191, nos 1 et 2), que cet auteur pense qu'il n'y a pas d'autre moyen d'y échapper, que de dire que le défaut de publicité et d'incompétence de l'officier, qui a célébré le mariage, ne forment pas deux causes de nullité distinctes, mais bien une seule et unique cause de nullité, que la compétence de l'officier de l'état civil n'est elle-même qu'un des éléments de la publicité légale; et que dès lors toute question de compétence n'est finalement autre chose qu'une question de publicité.

J'adopterais moi-même ce parti, et je fondrais les deux nullités en une, si telle était effectivement la seule ressource de cette opinion, que je désire aussi voir triompher. Mais il me semble qu'elle peut être défendue, sans que nous en soyons réduits à confondre absolument deux causes de nullité, qui, pour être très-voisines l'une de l'autre, n'en sont pas moins distinctes. J'invoquerai donc, pour la soutenir, les textes mêmes et les principes.

1° L'article 193 déclare que « les peines prononcées

« par l'article précédent, seront encourues pour toute « contravention *aux règles* prescrites par l'article 165, « lors même que ces contraventions ne seraient pas « jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du « mariage. » — *Aux règles*.... ce qui suppose que cet article 165 en renferme au moins deux; et, en effet, nous y voyons que « le mariage sera célébré *publique-« ment devant l'officier civil* du domicile de l'une des « deux parties. » D'une part, la publicité de la célébration; d'autre part, la compétence de l'officier civil, voilà *les règles* prescrites par l'article 165; donc, les contraventions, soit à l'une, soit à l'autre de ces règles, peuvent, aux termes de l'article 193, n'être pas jugées suffisantes pour entraîner la nullité du mariage. Aussi l'article 191 reconnaît-il lui-même deux causes différentes de nullité, lorsqu'il dit que tout « mariage qui « n'a point été contracté publiquement *et* qui n'a point « été célébré par l'officier public compétent, etc. » Il est vrai que la première rédaction renfermait la disjonction *ou* (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 418); et on en a conclu que la substitution de la conjonctive *et*, qui l'avait ensuite remplacée, attestait l'intention de confondre ces deux causes de nullité en une seule (Marcadé, *Loc. sup. cit.*). Mais cet argument est-il bien fort? Je le pense d'autant moins, que je vois, d'un autre côté, qu'on déduit de ce même changement une conclusion directement contraire (Zachariæ, t. III, p. 301, note 1); et, pour mon compte, je n'ai pas aperçu dans la discussion, ou plutôt dans la simple observation de M. Rœderer, qui a donné lieu à ce changement, je n'y ai pas aperçu cette volonté intentionnelle et réfléchie qu'il faudrait pour détruire l'argument tiré de la combinaison des articles 193 et 165.

2° J'ajoute que cette distinction des deux nullités est conforme aux principes et à la vérité même des faits. D'une part, vous allez, je crois, trop loin, quand

vous avancez que l'officier de l'état civil, qui célèbre un mariage, n'en est lui-même que le témoin. — Portalis l'a dit! — Oui; mais l'illustre orateur n'a pas voulu donner à sa pensée cette exagération. Les textes distinguent partout l'officier public d'avec les témoins (art. 39), et il a effectivement un autre caractère et un autre rôle; il est le ministre de la loi! Il est le représentant de la société! Sans doute, et je l'ai déjà reconnu, sa présence est une puissante garantie de publicité; et sous ce rapport, les deux conditions se touchent de très-près, mais pourtant sans se confondre absolument. Un mariage a été célébré par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties, mais le soir, dans une maison particulière et portes fermées. Ici l'officier civil était compétent; ce qui a pu manquer, c'est la publicité de la célébration. Et si on répondait que précisément l'officier civil n'est pas compétent, lorsqu'il ne célèbre pas le mariage publiquement, je répliquerais à mon tour que c'est là précisément que la confusion réside, et que vous mêlez ensemble deux nullités différentes. Eh! mon Dieu, je ferais comme vous, s'il le fallait, et si nous ne pouvions qu'à ce prix appliquer l'article 193 à l'incompétence de l'officier public. — Il le faut! dites-vous; il s'agit ici d'un fait unique, qui est ou qui n'est pas; il n'y a pas de place au choix. — Je réponds que l'incompétence, au contraire, aussi bien que le défaut de publicité, peut avoir ses nuances, ses degrés, et, si j'osais dire ainsi, ses circonstances atténuantes ou aggravantes. N'avons-nous pas vu toutes les difficultés qui s'agitent encore, à l'heure qu'il est, sur *le domicile matrimonial* (*supra*, nos 196-200), et par conséquent sur le point de savoir devant quel officier civil la célébration peut avoir lieu? J'ai pensé, pour mon compte, que l'officier de l'état civil n'était pas compétent, lorsqu'il allait célébrer, hors de sa commune, le mariage même de deux personnes domiciliées dans sa commune; j'ai

pensé qu'il ne devait pas y aller. Mais pourtant, s'il l'a fait, croyez-vous que je considère, dans ce cas, son incompétence à l'égal de l'incompétence d'un sous-préfet ou de tout autre qui aurait célébré un mariage? non assurément (*supra*, nos 205-207). Dans ce dernier cas, il n'y a pas du tout d'officier de l'état civil, pas plus qu'il n'y en aurait, si l'officier de l'état civil d'une commune s'avisait, non-seulement de célébrer un mariage hors de sa commune, mais d'en rédiger l'acte sur d'autres registres que les siens. Oh! alors, je le reconnais, il y a nullité pour incompétence, nullité nécessaire, et que, malgré l'article 193, les tribunaux seraient forcés de déclarer.

Mais entre les deux hypothèses extrêmes, entre l'incompétence complétement radicale et la compétence complétement régulière, il y a l'incompétence telle quelle! l'incompétence douteuse et controversée! et je conçois très-bien alors que les magistrats eux-mêmes, qui croiraient que l'officier de l'état civil, qui a célébré tel mariage, aurait mieux fait de s'abstenir, ne croient pas devoir, en fait, en prononcer la nullité (comp., Cass., 12 prairial an XI, Meynard, Sirey, 1803, I, 321; Grenoble, 27 févr. 1817, Blache, Sirey, 1818, II, 103; Cass., 31 août 1824, Jourdan C. Millereau, Sirey, 1824, 1,360; Paris, 5 janv. 1852, Farcy, Dev., 1852, II, 14, Colmar, 27 févr. 1852, héritiers C...., Dev., 1852, II, 488; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Mariage*, sect. VI, §2, quest. 2, *sur l'article* 191; Toullier et Duvergier, t. I, n° 642; Demante, *Prog.*, t. I, n° 229, et *Cours analyt.*, t. I, n° 275 *bis*, II; Vazeille, t. I, n° 251; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 103; Massé et Vergé, t. I, p. 178.)

B. — *Par qui les nullités absolues peuvent-elles être proposées?*

299. — J'ai dit que la nullité absolue, introduite dans un intérêt d'ordre public, pouvait être en général proposée par toute personne. Mais l'intérêt est la mesure des actions; une action en nullité de mariage ne peut donc, quel que soit d'ailleurs le caractère de la nullité, être intentée que par une personne ayant intérêt. Or, il résulte des articles 184, 187, 188, 190 et 191, que la loi, en cette matière, considère, suivant certaines distinctions, comme personnes intéressées :

1° Les époux eux-mêmes ;

2° Les père et mère, ou ascendants, ou même la famille ;

3° Tous ceux qui y ont intérêt ; et la loi (art. 184) désigne alors spécialement par ces mots, l'intérêt pécuniaire ;

4° L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage ;

5° Le ministère public.

300. — 1° Les époux eux-mêmes peuvent proposer ces nullités.... *Les époux*, dit la loi (art. 184-191) : par conséquent les deux époux ; l'un aussi bien que l'autre. Donc, en cas d'impuberté, l'époux pubère aussi bien que l'époux impubère ; donc, en cas de bigamie, l'époux bigame aussi bien que son nouveau conjoint (Locré, *Légis. civ.*, t. IV, p. 365). — Mais, direz-vous, l'époux pubère a consenti au mariage ; on doit donc le repousser par la même fin de non-recevoir, qui serait alors opposée aux ascendants (art. 186 ; Delvincourt, t. I, 71, note 6). L'époux bigame a commis un crime ; on ne doit donc pas lui permettre de s'en prévaloir et de puiser dans sa propre turpitude, un principe d'action, surtout à l'époque où son premier mariage étant dissous, le second ne forme

plus un état d'adultère et de bigamie, à l'époque enfin où le ministère public ne pourrait plus agir (art. 190). — Je réponds encore une fois par les textes mêmes, qui sont absolus. La loi veut prévenir ces unions qui blessent l'ordre public et les bonnes mœurs; et c'est pour cela, c'est pour les atteindre plus sûrement, qu'elle les livre à toutes ces actions en nullité (Pothier, n° 443). L'époux pubère a consenti, dites-vous? mais il ne s'agit pas d'un défaut de consentement, c'est une nullité absolue qu'il propose. La loi a cru sans doute que les ascendants qui avaient consenti au mariage, étaient en général moins excusables que l'époux lui-même; et elle les a déclarés non recevables à proposer la nullité résultant du défaut d'âge; mais l'article 186 est une exception à l'article 184; or, il ne s'applique qu'aux ascendants ou à la famille; donc, l'époux lui-même reste, dans tous les cas, sous l'empire de la règle générale. On aurait très-bien pu, je le crois aussi, le comprendre dans l'exception prévue par l'article 186; mais enfin, on ne l'a pas fait. J'en dis autant de l'époux bigame, qui reçoit de l'article 183 une action en nullité, qu'aucun autre texte ne lui enlève en aucun cas ni en aucun temps. (Paris, 8 juin 1816, Gnudi C. Kellermann, Sirey, 1818, II, 30; Cass., 25 février 1818, mêmes parties, Sirey, 1819, I, 41; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 1, *sur l'article* 184; Toullier, t. I, n°s 623 et 652; Duranton, t. II. n°s 315, 316, 324, 325; Zachariæ, t. III, p. 252.)

301. — 2° Les père et mère et les autres ascendants peuvent-ils, toujours en cette seule qualité, proposer les nullités absolues?

La négative a été prononcée par Duranton (t. II, n° 328), qui invoque les textes et les principes : l'article 184 accorde seulement l'action en nullité aux époux, à tous ceux qui ont intérêt, et au ministère public; or les ascendants ne l'ont pas, ou ils ne l'ont que d'après cet article; or, d'une part, l'article 187 exige que l'action accordée

par l'article 184, soit fondée sur un intérêt né et actuel; d'autre part, les ascendants ne peuvent avoir cet intérêt que dans deux cas, savoir : du vivant de leur enfant, lorsque leur consentement était nécessaire et n'a pas été requis; et après sa mort, lorsqu'ils sont appelés à sa succession; donc, ils ne peuvent que dans ces deux cas proposer les nullités absolues. L'article 191 semblerait, à la vérité, les mettre dans une classe à part; mais l'argument, que l'opinion contraire en tire, se retourne contre elle, puisque l'article 184 ne fait aucune distinction de ce genre. Les principes d'ailleurs expliquent assez comment l'action en nullité n'a été accordée aux ascendants que dans ces deux cas; c'est qu'ils n'ont effectivement intérêt que dans ces deux cas; et lorsqu'on parle de magistrature domestique, lorsqu'on dit que cette action est encore dans leurs mains un attribut de la puissance paternelle, on oublie que cette puissance n'existe plus, et que l'enfant majeur de vingt et un ou de vingt-cinq ans, peut se marier malgré la volonté de ses père et mère et de tous ses ascendants (joign. aussi Toullier, tome I, n° 626).

L'opinion contraire, plus généralement suivie, me semble aussi préférable; et je pense que les ascendants peuvent, du vivant des époux et indépendamment de tout intérêt pécuniaire, proposer les nullités absolues.

Que les textes mettent les ascendants dans une classe à part, c'est ce qui ne saurait être contesté avec succès : l'article 186 les déclare, dans un certain cas, non recevables; donc, ils sont en général recevables. L'article 187, qui exige un intérêt pécuniaire né et actuel, ne parle que des parents collatéraux ou des enfants nés d'un autre mariage; donc, il n'exige pas cette espèce d'intérêt de la part des ascendants. Enfin, l'article 191 les distingue très-explicitement de tous les autres, auxquels l'action est attribuée; et il est certainement impossible d'accorder, comme on semble pourtant le faire, que les

ascendants auraient l'action en nullité dans le cas de l'article 191, c'est-à-dire pour défaut de publicité et de compétence de l'officier civil, et de persister à dire qu'ils ne l'auraient pas dans le cas de l'article 184, c'est-à-dire pour vice d'inceste ou de bigamie ! Je crois d'ailleurs que ce pouvoir des ascendants peut être facilement justifié. Les nullités dont il s'agit, qui blessent le bon ordre de la société, blessent surtout le bon ordre de la famille. Croyez-vous donc que l'honneur même du père n'est pas atteint par la bigamie ou l'inceste de son enfant? Je conçois donc bien comment la loi remet alors dans ses mains l'exercice de cette action, et se sert ainsi d'un intérêt privé, très-légitime et très-respectable, pour faire cesser en même temps un scandale public. Ajoutez que les ascendants doivent fournir des aliments à leurs petits-enfants (art. 203-205), et qu'ils sont tenus de leur transmettre une certaine partie de leur succession (art. 913, 914); n'était-on pas encore autorisé, par ce double motif, à leur permettre de demander la nullité d'un mariage, honteux peut-être, qui produirait pour eux de déplorables relations de parenté? (Comp. Cass., 15 nov. 1848, Lavanchy, Dev., 1848, I, 673; *voy.* aussi Aix, 11 mars 1858, Meynier, Dev., 1859, II, 17; Merlin, *Rép.*, t. XVI, sect. VI, § 2, quest. 2, *sur l'article* 187; Delvincourt, t. I, p. 72, note 2; Proudhon, t. I, p. 430; Vazeille, t. I, nos 218 et 246; Allemand, t. I, 531, 532; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 54; Massé et Vergé, t. I, p. 203, 204.)

302. — Mais quels ascendants ont, ainsi, et à ce titre, l'action en nullité du mariage.

Il ne peut y avoir de difficulté dans le cas où la cause de nullité est commune à chacun des époux, comme l'inceste, le défaut de publicité ou l'incompétence de l'officier de l'état civil. Les ascendants de l'un et de l'autre ont évidemment alors le droit égal de proposer la nullité.

Mais on a prétendu (Toullier et Duvergier, t. I, n° 626)

qu'il n'en était plus ainsi, lorsque la cause de nullité ne provenait que de l'un des époux, comme le défaut d'âge; on refuse alors l'action aux ascendants de l'époux pubère.

Je ne saurais adopter cette distinction : 1° les textes qui confèrent l'action aux ascendants, sont les mêmes pour toutes les causes de nullité absolue (art. 184, 186, 191); et si les ascendants de l'un et de l'autre époux peuvent, comme cela n'est pas méconnu, exercer concurremment l'action dans certains cas, ils doivent le pouvoir aussi dans tous les autres; 2° cette distinction d'ailleurs tendrait à confondre les nullités relatives avec les nullités absolues; celles-ci, dès qu'elles existent, ne sont pas plus *personnelles* à l'un des époux qu'à l'autre; elles affectent le mariage lui-même d'un vice *réel* et intrinsèque. La nullité pour cause de bigamie ne serait donc aussi, à ce compte, proposable que par les ascendants de l'époux bigame! mais cela n'est pas possible, et n'est pas même, je crois, proposé. D'où vient donc l'exception unique, qu'on veut faire pour la nullité résultant du défaut de puberté de l'un des époux? elle vient de ce que cette cause de nullité, en effet, semble moins grave; n'admet-elle pas en effet la prescription (art. 185), et les fins de non-recevoir? (Art. 186.) — J'en conviens; mais j'ajoute aussi que la loi, dans un intérêt public pour prévenir l'affaiblissement, la dégénération des enfants, que la loi, dis-je, n'en a pas moins cru devoir faire du défaut d'âge une nullité absolue, proposable, par conséquent, par tous ceux qui peuvent proposer les autres nullités de ce genre (Vazeille, tome I, n° 246; Zachariæ, tome II, p. 253).

303. — Pareillement, on s'est demandé si le droit de proposer la nullité appartient à tous les ascendants concurremment, ou au contraire ne peut être exercé que graduellement, c'est-à-dire à défaut l'un de l'autre et dans l'ordre, suivant lequel la loi les appelle à consentir

au mariage (art. 148 et suiv.) ou à former opposition? (Art. 173.)

La généralité des articles 184 et 191 semblerait favoriser la doctrine qui attribue l'action à tous les ascendants concurremment. Il ne s'agit pas ici d'ailleurs, dit-on, du défaut de consentement de l'ascendant plus proche, ni de son autorité méprisée, qui n'engendre qu'une nullité relative. Il s'agit d'une nullité absolue qui repose sur un autre motif, sur une infraction aux bonnes mœurs et à l'ordre public (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 54; Massé et Vergé, t. I, p. 204; Marcadé, t. II, art. 184-3°).

Mais je ne puis pas admettre qu'un aïeul ait le droit de demander la nullité du mariage, quand le père ou la mère existe en état de manifester sa volonté, et ne croit pas devoir agir. Ce serait là le renversement de cette hiérarchie, de cette discipline, que la loi elle-même a instituées dans la famille. C'est déjà bien assez que les ascendants aient l'action en nullité, indépendamment de tout intérêt pécuniaire né et actuel; et nous avons même vu que cette action leur est contestée (*supra*, n° 301); — mal à propos, suivant moi; car la loi la leur accorde. Mais n'allons pas trop loin non plus de notre côté! A quel titre et pourquoi la loi leur accorde-t-elle alors cette action? c'est pour l'honneur de la famille; c'est par un effet de la puissance paternelle, prolongée dans ce but, quel que soit l'âge de l'enfant. Or, toute la théorie du Code Napoléon atteste, dans notre titre particulièrement, que les droits et les attributs de ce genre, qui prennent naissance dans la puissance paternelle, et par lesquels la loi veut procurer le bon ordre dans les familles et par suite dans la société, que ces droits et ces attributs, dis-je, sont toujours confiés aux ascendants les plus proches (comp. art. 142, 148, 150, 172, 402). Est-ce que la mère, par exemple, pourrait proposer une nullité même absolue, quand le père existe et n'agit pas? Oui! a-t-on répondu (Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra*). Mais cette

conséquence ne me paraît pas admissible; aussi est-elle rejetée par les partisans même de l'opinion que je combats (Marcadé, art. 186). Eh bien! il faut, par la même raison, dire aussi que l'aïeul ne le peut pas davantage, quand le père ou la mère existe encore; car, sans prétendre assimiler de tous points ces deux cas, je crois que c'est ici le même principe qui les domine, savoir : que l'action en nullité est une prérogative de l'autorité paternelle, qui ne doit appartenir qu'à celui qui, d'après l'organisation hiérarchique des pouvoirs domestiques, en est alors seul investi; autrement, c'est l'anarchie dans la famille. Il faudrait un texte bien formel pour me faire admettre un tel résultat; et je ne reconnais pas du tout ce caractère aux articles 184 et 191, qui, se bornant à conférer l'action aux ascendants, la leur confère virtuellement suivant les principes généraux du Code Napoléon sur ce point; l'article 186 lui-même, par son énumération successive, ne se réfère-t-il pas formellement à l'ordre graduel établi plus haut (comp. Toullier, t. I, n° 633; Duranton, t. II, n° 317; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 329; Demante, t. I, n° 270 *bis*, I).

304. — Le conseil de famille pourrait-il, à ce titre, proposer une nullité absolue contre le mariage du mineur?

Si le mariage a eu lieu sans son consentement, la question offrira peu d'intérêt, puisqu'il pourra, dans ce cas, proposer la nullité relative, qui en résulte (art. 160-182). Mais supposez qu'un enfant a contracté, sans le consentement ou même avec le consentement de son père, un mariage entaché d'une nullité absolue; le père décède, et l'enfant, encore mineur, n'a pas d'autre ascendant. Le conseil de famille pourra-t-il proposer la nullité absolue, quelle qu'elle soit? D'une part, à s'en tenir aux articles 184, 187 et 191, on devrait répondre négativement; mais d'autre part, l'article 186 déclare *la famille*, c'est-à-dire le conseil de famille non-recevable à propo-

ser la nullité résultant du défaut de puberté, lorsqu'il a lui-même consenti au mariage; or, c'est là lui reconnaître implicitement le droit qu'il aurait eu sans cela, de proposer cette nullité. Il est bien clair en effet que l'article 186 ne veut pas dire que si le conseil de famille n'a pas consenti, il pourra demander la nullité *pour défaut de consentement*, lorsque l'époux marié sans son consentement n'était pas pubère. Eh! vraiment je le crois bien, puisque, lors même que cet époux serait pubère, le conseil de famille aurait pu proposer la nullité résultant du défaut de consentement; certes la nullité absolue, qui s'ajoute alors à la nullité relative, ne saurait affaiblir celle-ci! Pour que l'article 186 ait un sens, il faut donc que le consentement donné par la famille lui enlève le droit, qu'elle aurait pu avoir, de proposer la nullité résultant du défaut d'âge. Il est vrai que certains auteurs enseignent que le mot *famille*, employé dans l'article 186, ne désigne pas alors le *conseil de famille*, mais tous les parents en général qui ont donné leur consentement ou leur approbation au mariage (Zachariæ, t. III, p. 255). Et on conçoit qu'ainsi interprété, l'article 186 ne fournit plus l'argument que je viens d'en tirer. Mais je dirai plus bas pourquoi cette interprétation ne me paraît pas exacte, et quels motifs me portent à croire qu'il s'agit dans cet article du conseil de famille. En cet état, que décider! Je comprends bien, pour mon compte, que la loi ait accordé au conseil de famille, et par conséquent tant que l'époux sera mineur, le droit de proposer les nullités absolues; qu'elle ait accordé ce droit au conseil de famille comme elle l'accorde aux ascendants, c'est-à-dire dans l'intérêt de l'honneur et des bonnes mœurs de la famille; à ce conseil, qui alors, et à défaut d'ascendant, se trouve, quant au mariage, dépositaire de l'autorité paternelle. Mais est-ce là ce que la loi a fait? Il serait très-permis de répondre négativement; car les articles 184, 187 et 191, qui précisément ont pour but de déterminer

quelles personnes peuvent proposer les nullités absolues, ces articles ne parlent pas du conseil de famille; on peut ajouter d'ailleurs que ce droit, dans ses mains, pourrait offrir certains dangers; car le conseil se compose de collatéraux qui ne seraient souvent excités que par un intérêt personnel ; et qu'enfin il n'y a pas alors non plus le motif déduit de l'obligation éventuelle de fournir des aliments aux enfants qui pourraient naître du mariage (*supra*, n 301). Ces raisons sont fort graves. Pourtant, je le répète, est-il possible, en présence de l'article 186, de refuser au conseil de famille le droit de proposer la nullité résultant du défaut d'âge? et s'il a le droit de proposer cette nullité absolue, qui n'est certes pas la plus grave, comment lui refuser raisonnablement le droit de proposer celles qui résultent de l'inceste ou de la bigamie!

305. — 3° Tous ceux qui y ont intérêt, dit l'article 184, peuvent proposer des nullités absolues; j'ai déjà remarqué qu'il fallait aussi, dans tous les cas, avoir un intérêt pour intenter cette action, et que la loi, par ces mots, voulait seulement désigner ici, d'une manière plus spéciale, l'intérêt pécuniaire.

Mais quel doit être le caractère, ou plutôt la source et le principe de cet intérêt? Faut-il que ce soit un intérêt de succession, ou bien toute espèce d'intérêt d'argent suffit-il? par exemple un tiers est-il recevable à demander la nullité du mariage pour rendre inattaquable une obligation contractée envers lui par la femme, sans autorisation de son mari ni de justice (art. 217) ou pour écarter l'hypothèque légale des immeubles du mari? (Art. 2121.)

Le rapprochement des articles 184 et 187 autoriserait peut-être à soutenir que l'intérêt, dont il s'agit, doit être un intérêt héréditaire et que l'action en nullité doit alors avoir pour but d'écarter d'une succession les enfants nés du mariage : il est vrai, dirait-on, que l'article 184 est

général; mais l'article 187 vient bientôt le restreindre, et témoigner que la loi n'a voulu accorder cette action en nullité qu'*aux parents collatéraux et aux enfants nés d'un autre mariage*. Et le motif en est sage; il ne fallait pas permettre au premier venu de mettre en question la validité d'un mariage pour tout intérêt d'argent, quelquefois pour le plus minime! L'intérêt de succession, au contraire, en général assez important, est d'ailleurs soutenu et fortifié par un intérêt de famille Pothier semble, à certains égards, favoriser cette doctrine (nos 443-451). Et c'est en ce sens que la Cour de Douai a jugé que *les nullités de mariage ne peuvent être invoquées que par la famille et le ministère public* (12 juill. 1838, Delahaye, Dev. 1839, II, 256).

Ces motifs sont sérieux, mais pourtant ne me persuadent pas : l'article 184 est général; il accorde l'action à TOUS *ceux qui y ont intérêt;* et n'oublions pas qu'il s'agit, en effet, d'une nullité absolue et d'ordre public! Que fait ensuite l'article 187? il ne limite point cette règle; il la complète au contraire en exigeant que l'intérêt pécuniaire soit né et actuel. Et comme le doute à cet égard pouvait s'élever, surtout en ce qui concerne les héritiers présomptifs, dont le mariage compromet les espérances, c'est à cette hypothèse que l'article 187 applique le principe qu'il a seulement pour but d'établir. Un intérêt, qui ne provient pas de succession, peut être d'ailleurs très-important. Je crois donc que les tiers, que les créanciers des époux peuvent, à la différence de ce que nous avons décidé pour les nullités relatives (*supra*, n° 257), peuvent, dis je, et même en leur propre nom, proposer les nullités absolues (comp. Metz, 7 fév. 1854, Delorme, Dev., 1854, II, 659; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n° 2345; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 55; Duranton, t. X, n° 562; Valette sur Proudhon, t. I, p. 428, note 6; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 327).

506. — Il faut, disons-nous, que l'intérêt pécuniaire

soit *né et actuel*, c'est-à-dire ouvert et acquis Aussi les parents collatéraux ou les enfants nés d'un autre mariage ne peuvent-ils, en général, proposer la nullité du vivant des deux époux. C'est qu'ils n'ont encore qu'une simple espérance, qui peut être trompée par beaucoup d'événements, et qui, dépourvue de toute consistance juridique, ne pourrait pas même être considérée comme un droit conditionnel de nature à autoriser des mesures conservatoires (art. 1180).

307. — Mais voici que, du vivant même des deux époux, les parents collatéraux ou les enfants nés d'un autre mariage, ont un intérêt né et actuel à proposer la nullité.

Le pourront-ils ?

Les parents collatéraux : ainsi, Primus meurt, laissant un frère, et un fils marié qui a lui-même un enfant. Le fils est renonçant ou indigne; et par conséquent la succession va être dévolue au petit-fils, à l'exclusion du frère du défunt (art. 745). Le frère a dès ce moment intérêt à demander la nullité du mariage pour écarter cet enfant de la succession; et je n'hésite pas à croire qu'il pourra dès ce moment aussi la demander. Le but essentiel et unique de l'article 187 est d'exiger que l'intérêt soit né et actuel. Dès que cette condition existe, la nullité peut être proposée (art. 184). Si cet article semble dire que l'action ne peut pas être intentée du *vivant des deux époux*, c'est que d'ordinaire l'intérêt ne naîtra et ne deviendra actuel que par la mort de l'un des époux, qui ouvrira une succession; et c'est sous cette préoccupation qu'a été sans doute rédigé notre article. Mais il n'est, en cela, que simplement démonstratif; aussi remarquez qu'il n'ajoute pas que la nullité ne pourra être proposée qu'après la mort de l'un des époux. La disposition finale de l'article est au contraire ainsi conçue ... « mais seule-« lement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. » Donc, d'après le texte même, lorsqu'ils ont cet intérêt, ils peu-

vent proposer la nullité du vivant des deux époux. Les principes et la raison exigent d'ailleurs cette solution (Vazeille, t. I, n° 226; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 55; Massé et Vergé, t. I, p. 204; Valette sur Proudhon, t. I, p. 440, note 6; *voy.* toutefois Duranton, t. II, n° 327).

Les enfants nés d'un autre mariage : ainsi, Primus a eu deux enfants d'un premier mariage; il se remarie, et a, de ce second mariage, un enfant. L'un des enfants du premier lit vient à mourir du vivant des nouveaux époux; si l'enfant du second lit est légitime, il prendra une part dans la succession de l'enfant du premier lit (art. 745); il en sera exclu, au contraire, s'il n'est pas légitime, et la succession alors appartiendra à l'enfant survivant du premier lit. Celui-ci a donc dès ce moment un intérêt né et actuel à attaquer le mariage de son père. Les mêmes raisonnements que j'ai tout à l'heure présentés en faveur des parents collatéraux, se représentent ici sans doute (comp. Demante, t. I, n° 270 *bis*, II).

Et pourtant j'hésite beaucoup à accorder l'action à l'enfant comme je l'ai accordée aux collatéraux. C'est qu'il y a en effet contre l'enfant, une objection spéciale qui est, à mes yeux, de la plus haute gravité! « L'enfant, « à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » (Art. 371.) Or, ce n'est point là un simple précepte de morale (*voy.* notre tome I, n° 4); c'est une disposition législative, c'est une règle civilement obligatoire, et dont il appartient aux magistrats de déduire les conséquences, en défendant à l'enfant tout acte qui porterait atteinte à cet honneur et à ce respect, que la loi elle-même lui commande (art. 6). Voilà pourquoi, dès avant même la loi du 17 avril 1832 (art. 19), on avait pensé que l'enfant ne peut pas exercer contre son père la contrainte par corps. Eh bien! ne serait-ce pas aussi un déplorable spectacle que celui d'un fils demandant la nullité du mariage de son père, du vivant de celui-ci, et contre

lui-même ! on dirait en vain que l'adversaire direct de l'enfant du premier lit serait l'enfant du second lit; n'est-il pas évident que le père lui-même serait mis en cause, et qu'en tout cas, il interviendrait! Je serais donc porté à croire que l'enfant du premier lit ne pourrait pas agir du vivant de son auteur, d'autant plus que cette solution paraît avoir en sa faveur l'autorité de l'ancien droit (*Code matrimonial*, t. I, 3e part., p. 532; ajout. Paris, 6 juill. 1812, Provost et Lallemand, Sirey, 1813, II, 41; Montpellier, 2 mars 1832, Griffaulières, Dev., 1832, II, 610); mais on voit que cette solution dériverait, non pas de l'article 187, mais de l'article 371. Si on l'admet, il faut reconnaître que la prescription n'aura pas dû courir contre l'enfant du premier lit pendant la vie de l'auteur commun, puisqu'il serait impossible que la prescription courût contre celui auquel la loi elle-même défendrait d'exercer son droit (art. 2257; Proudhon, t. I, p. 440).

308. — 4° « L'époux, au préjudice duquel a été con-« tracté un second mariage, peut en demander la nullité « du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui. » (Art. 188.)

Rien de plus juste que de permettre à cet époux de défendre immédiatement son titre et son état méconnus (*supra*, n° 139).

309. — 5° Enfin le procureur impérial, gardien des mœurs publiques, devait avoir aussi qualité pour proposer les nullités absolues, qui sont autant d'infractions au bon ordre de la société (art. 184).

Article 190 : « Le procureur impérial, dans tous les « cas auxquels s'applique l'article 184, et sous les mo-« difications portées en l'article 185, *peut et doit* deman-« der la nullité du mariage du vivant des deux époux, « et les faire condamner à se séparer. »

Article 191 : « Tout mariage qui n'a point été con-« tracté publiquement, et qui n'a point été célébré de-

« vant l'officier public compétent, *peut* être attaqué « ...... par le ministère public. »

« *Les faire condamner à se séparer,* » dit l'article 190. Ne prenons point toutefois ceci trop à la lettre. Il est bien clair que le simple désordre de mœurs, quand il ne constitue pas un crime ou un délit, ne peut pas être l'objet d'une action, et surtout d'une action *civile*, de la part du ministère public (*voy.* pourtant Pothier, n° 451).

Le procureur impérial agit dans l'intérêt social et pour faire cesser un désordre ; or, il n'y a en général désordre que tant que dure le mariage, c'est-à-dire *du vivant des deux époux*, entre lesquels existe l'empêchement dirimant ; donc, sa demande en nullité n'est recevable que pendant la vie des époux (Demante, *Progr.*, t. I, n° 228).

310. — N'y a-t-il pas néanmoins un cas où l'action en nullité ne pourrait plus être formée par le procureur impérial, même du vivant des deux époux ?

Voilà un mariage entaché de bigamie ; mais le premier époux, au préjudice duquel il a été contracté, décède ; — où est maintenant le scandale ? et pourquoi le ministère public viendrait-il attaquer cette union, qui, par le décès du premier conjoint, n'est plus un état d'adultère ni de bigamie ? Il y aurait là certainement plus d'inconvénients que d'avantages ; aussi je n'hésite pas à dire que le motif essentiel de l'article 190 doit ici l'emporter sur la trop grande généralité de ses termes, et que le procureur impérial n'aurait plus alors l'action en nullité (Duranton, t. II, n° 330 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 55).

311. — Nos articles imposent-ils en cette occasion, au ministère public, l'obligation rigoureuse d'agir ? ou n'est-ce, au contraire, qu'une faculté qu'il lui appartient d'exercer ou de ne point exercer, suivant qu'il le juge convenable ?

On a distingué : dans les cas prévus par l'article 190, c'est un devoir ; c'est, au contraire, seulement une fa-

culté dans les cas prévus par l'article 191. Cette distinction repose, soit sur le texte même de ces deux articles, dont l'un déclare que le procureur impérial *doit* demander la nullité, tandis que l'autre porte seulement qu'il *peut* la demander, soit sur le caractère très-différent des nullités dont il s'agit. Les nullités rappelées dans l'article 190 constituent toujours des infractions dangereuses à l'ordre social, qu'il importe de réprimer; le défaut d'âge, la bigamie surtout et l'inceste! tandis que le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier civil ne portent pas, à beaucoup près, la même atteinte à l'ordre public. Un orateur du Tribunat (M. Boutteville), a formellement exprimé cette opinion (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 561; Toullier, t. I, n° 628; Vazeille, t. I, n° 249; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. IX, art. 3, n° 15; Ortolan et Ledeau, *du Ministère public en France*, t. I, p. 168; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n°s 327 et 334; Demante, t I, n° 272).

J'aimerais mieux confier pour tous les cas, au procureur impérial, une certaine faculté d'appréciation.

Et d'abord, est-il bien vrai que l'article 190 lui commande toujours de proposer la nullité? Il y a là deux mots, dont l'un, dans cette opinion, serait tout à fait inutile : *peut* et *doit*. S'il le doit, en effet, il est évident qu'il le peut! et cela n'était pas nécessaire à dire. Ne faut-il pas dès lors, avec MM. Aubry et Rau (Zachariæ, t. IV, p. 55), reconnaître que chacune de ces expressions de l'article 190 a un sens différent, et que la loi a voulu décider ainsi, d'une part, que le procureur impérial *peut* alors demander la nullité du mariage, c'est-à-dire qu'il en a la faculté, mais qu'il *doit*, s'il veut exercer cette faculté, l'exercer, en effet, du *vivant des deux époux?* Le mot *doit* n'a donc pas pour but de convertir en *obligation* ce que la loi vient à l'instant même de concéder à titre de *faculté*, mais uniquement de déterminer pendant quel temps cette faculté *doit* être exercée.

Nous pouvons d'ailleurs opposer à l'autorité de M. Boutteville celle de M. Portalis (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 514); et je pense enfin que cette dernière opinion se recommande par de puissantes considérations d'intérêt public et privé. N'oubliez pas qu'il ne s'agit pas ici d'action criminelle, d'*action publique*, dans le sens technique de ce mot; lors même qu'il s'agirait de bigamie, le procureur impérial, en tant qu'il exercerait l'action que lui défèrent les articles 190, 191, devrait l'exercer devant les tribunaux civils; car il demande alors uniquement la nullité du mariage; or, je prétends qu'il est beaucoup plus sage et plus moral de ne point lui imposer, à cet égard, d'obligation absolue. C'est une jeune fille de quatorze ans qui s'est mariée; c'est un oncle qui a épousé sa nièce sans dispense. Voilà deux causes de nullité absolue qui rentrent dans l'article 190. Vous voulez que le procureur impérial agisse tout de suite en nullité, quelles que soient les circonstances, et toujours, et quand même! Mais c'est vous qui allez provoquer le scandale! c'est vous qui allez porter le désordre dans les familles et dans la société! Et si les parents eux-mêmes ont consenti à ce mariage de la jeune fille; et si cet oncle et cette nièce sollicitent ou même ont obtenu des dispenses depuis la célébration, que diriez-vous? On a prétendu, il est vrai, que, dans le cas de l'article 186, le procureur impérial ne *devrait* pas nécessairement agir (Vazeille, t. I, n° 249). Mais c'est là un aveu que je constate, un aveu des inconvénients qu'entraîne cette opinion, et auxquels elle ne peut se soustraire qu'aux dépens des textes et des principes les plus certains; car le consentement des parents qui élève contre eux une fin de non-recevoir (art. 186), ne purge assurément pas la nullité elle-même; et nous verrons aussi que les dispenses postérieures ne l'effacent pas davantage (*infra*, n° 334). La nullité subsiste donc; mais convient-il que le procureur impérial la provoque, lui, qui n'agit que pour mettre fin à un scan-

dale! Je préfère, pour mon compte, m'en rapporter à sa prudence.

312. — Et puisque je parle ici des pouvoirs du ministère public, je vais de suite m'expliquer sur une question très-délicate et très-débattue.

Le procureur impérial, qui peut soutenir qu'un mariage doit être annulé, peut-il, en sens inverse, soutenir qu'un mariage doit être maintenu? En d'autres termes, peut-il agir en validité d'un mariage, comme il peut agir en nullité? Le tribunal, par exemple, vient d'annuler un mariage; le procureur impérial, qui le croit valable, porte l'appel du jugement; cet appel est-il recevable?

Pour le soutenir ainsi, on remarque d'abord qu'il serait déplorable que le ministère public fût dans l'impossibilité de déjouer des collisions frauduleuses, par suite desquelles un mariage valable aurait été déclaré nul et qui porteraient à l'ordre social une si profonde atteinte; on convient toutefois que ni la loi des 16-24 août 1790, ni le Code Napoléon ne lui en donnaient le moyen; mais il en est, dit-on, tout autrement de la loi du 20 avril 1810. Tandis que les articles 2 et 5 du titre VIII de la loi de 1790 ne permettent au ministère public de procéder, par voie d'action, qu'afin d'obtenir l'exécution *des jugements*, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, l'article 46 de la loi de 1810, au contraire, déclare qu'il poursuit d'office l'exécution *des lois et des jugements*, dans les mêmes cas.

Un arrêt de la Cour de cassation objecte « qu'il est naturel d'entendre la seconde partie (de cet article 46) dans le sens de la première, et de la regarder comme un développement qui n'altère en rien le principe; qu'il résulte de ce développement, en le rapprochant de la première partie de l'article, que le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, lorsque ce droit de poursuite lui est spécialement attribué par la loi; que, s'il en était

autrement, il aurait été inutile que le législateur eût déterminé, au titre du Code Napoléon relatif au mariage, les espèces dans lesquelles le ministère public avait qualité pour agir. » (Cass., 1er avril 1820, Magnolle, Sirey, 1821, I, 154.)

Mais à cette objection les partisans de la doctrine que nous exposons, ont fait plusieurs réponses : 1° si la seconde partie de l'article 46 ne confère au procureur impérial le droit d'agir que dans les cas déterminés par une loi, elle devient tout à fait surabondante, et ne signifie plus vraiment rien ; 2° cette seconde partie, au contraire, est si bien distincte de la première, qu'elle donne expressément au procureur impérial la faculté générale d'agir alors *d'office;* ce qui indique de plus en plus qu'il n'est pas nécessaire alors d'un texte spécial ; 3° de ce que dans certains cas, intéressant l'ordre public, la loi a positivement attribué l'action au ministère public, il n'en résulte pas que cette attribution soit toujours indispensable ; ce sont là seulement des exemples et des applications de la règle générale consacrée par l'article 46 de la loi de 1810 ; 4° enfin il arrive quelquefois qu'un texte spécial accorde au ministère public la voie d'action en matière civile dans les cas qui n'intéressent pas l'ordre public, comme, par exemple, dans l'hypothèse de l'article 114 ; ce qui explique encore le sens distinct et déterminé de la première partie de l'article 46. Il faudrait donc considérer ici le ministère public comme partie principale ou intervenante, plutôt que comme partie jointe (comp. Bruxelles, 1er août 1808, le Proc. imp. C. D... et G..., Sirey, 1808, II, 273 ; Pau, 28 janvier 1809, le Proc. gén. C. V.... et D..., Sirey, 1809, II, 241 ; Paris, 18 mars 1850, Juclier, Dev., 1850, II, 593 ; Paris, 13 août 1851, Vergniol, Dev., 1851, II, 465 ; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mariage*, section VI, § 3, n° 3 ; Delvincourt, t. I, p. 72, note 4 ; Duranton, t. II, n° 344 ; Vazeille, t. I, n° 255 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 444 ; Demante, t. I,

n° 272 *bis*, III, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 180).

Cette doctrine est sans doute infiniment grave; et nous l'avions nous-même adoptée dans notre première édition. Mais nous avons annoncé déjà (*supra*, n° 151) pourquoi finalement nous croyons devoir aujourd'hui nous en séparer :

En principe, le droit de demander la nullité d'un mariage n'emporte point réciproquement le droit d'en demander la validité; ainsi, les parties privées, celles-là même auxquelles la loi accorde l'action de nullité, ne sauraient, en général, se constituer demanderesses, aux fins de soutenir, en leur propre nom, d'une manière directe et principale, la validité du mariage; aucun texte n'autoriserait alors de leur part la voie de l'intervention ou de l'appel.

En est-il autrement du ministère public? Il faudrait, pour cela, que ce droit, qui ne résulte pas des principes, lui fût concédé par un texte; or, est-il vrai que les textes lui concèdent ce droit? voilà ce qu'il nous est décidément bien difficile de reconnaître.

Écoutez, en effet, les articles qui déterminent dans quels cas le procureur impérial peut agir, comme partie principale, en matière civile.

« Au civil, les commissaires du roi exercent leur mi-
« nistère, non par voie d'action, mais seulement par
« celle de réquisition, dans les procès dont les juges
« seront saisis. » (Art. 2, tit. VIII de la loi des 16-24 août 1790.)

« Les commissaires du roi, chargés de tenir la main
« à l'exécution des jugements, poursuivront d'office cette
« exécution dans toutes les dispositions qui intéressent
« l'ordre public. » (Art. 5 de la loi et du titre précités.)

« En matière civile, le ministère public agit d'office
« dans les cas spécifiés par la loi.

« Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des ju-

« gements; il poursuit d'office cette exécution dans les « dispositions qui intéressent l'ordre public. » (Art. 46 de la loi du 20 avril 1810.)

Ainsi donc, le ministère public ne peut procéder, par voie d'action, en matière civile *que dans les cas spécifiés par la loi;* or, aucune loi ne lui accorde le droit de demander, par voie d'action, la validité d'un mariage; donc, il n'a pas qualité à cet effet; et nous avons déjà répondu que la seconde partie de l'article 46 ne saurait être entendue de manière à détruire la première.

On peut regretter le silence de nos lois sur ce point et faire des vœux pour que cette omission soit réparée; mais, d'une part, il nous semble que, dans l'état actuel des choses, on doit reconnaître la vérité de cette solution; et d'autre part, il ne faut pas non plus en exagérer les dangers; les tribunaux veilleront à empêcher que le divorce se déguise sous l'apparence d'une action en nullité; et le ministère public, quoique seulement partie jointe, n'en sera pas moins toujours là pour démasquer la fraude (comp. Cass., 1er août 1820, précité; Cass., 5 mars 1821, Laborie, Sirey, 1821, I, 154; ajout. Cass., 5 juillet. 1824, Nielly, D., 1833, I, 299; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, p. 109 et suiv.; Allemand, *du Mariage*, t. I, n° 517; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 648, note 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 40).

C. — *Les nullités absolues sont-elles susceptibles de se couvrir?*

313. — Les nullités absolues sont, de leur nature, perpétuelles et *insanables;* tel est, en général du moins, le principe, sauf les modifications que nous allons expliquer.

Ainsi, la nullité résultant de l'inceste (art. 161-163) ou de la bigamie (art. 147) ne saurait, en aucun temps, se couvrir ni même être protégée par aucune fin de non-

recevoir. — Invoquerait-on la possession d'état? mais nulle part la loi n'y a attaché cet effet; et l'article 196, qui d'ailleurs n'en déduit une fin de non-recevoir que lorsque la demande est formée par l'un des époux contre l'autre, ne s'applique qu'aux vices extérieurs de l'acte de célébration (*Infra*, n° 328; Cass., 25 février 1818, Gnudi, Sirey, 1819, I, 41). — La prescription trentenaire? mais l'article 2262 est étranger à notre sujet; et le titre du mariage ne prononce pas ici de prescription semblable (Toullier, t. I, n° 629; Duranton, t. II, n° 329). Il faudrait en dire autant *a fortiori* de la prescription du crime de bigamie; l'action en nullité du mariage n'en serait pas moins toujours recevable, alors même que l'action publique toute différente, se trouverait désormais éteinte (art. 1-3, inst. crim.; Paris 1er août 1818, Martin C. Mesnard, Sirey, 1819, II, 63). Il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 637 du Code d'instruction criminelle, qui enveloppe dans la même prescription l'action publique et l'action civile; car il ne s'agit pas ici de cette espèce d'action civile dont s'occupent les articles 637, 638; de l'action civile, qui a pour cause immédiate le dommage résultant du fait punissable, et qui tend à la réparation pécuniaire de ce dommage; il s'agit d'une action toute spéciale, indépendante de la criminalité du fait, et qui est exclusivement régie par les dispositions particulières de notre titre (Merlin, *Rép.*, t. XV, v° *Mar.*, sect. VI, § 2, 5e quest., *sur l'article* 184).

Ce sont donc là des nullités d'ordre public, des nullités que Portalis appelait *continues* et *indéfinies* (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 373 et 515), et que la loi, par les plus puissantes considérations d'intérêt général, déclare effectivement indélébiles.

314. — En vain donc aussi le premier époux, au préjudice duquel un second mariage a été contracté, viendrait à mourir; ce second mariage n'en demeure-

rait pas moins toujours affecté de la même nullité, aussi absolue, aussi perpétuelle, sans qu'aucune ratification puisse l'effacer (Merlin, *Rép.*, t. XVI, vº *Mar.*, sect. VI, § 2, 5ᵉ quest., *sur l'article* 184); seulement, les enfants, qui naîtraient du commerce des époux, seraient, après la dissolution du premier mariage, simplement naturels et non plus adultérins (Vazeille, t. I, nº 221; Zachariæ, t. III, p. 257); et nous savons aussi que le ministère public, n'ayant plus alors d'intérêt, ne pourrait plus proposer cette nullité (*supra*, nºˢ 309, 310).

315. — Ce que je viens de dire s'applique aussi à la nullité résultant, soit du défaut de publicité de la célébration, soit de l'incompétence de l'officier de l'état civil. Cette nullité est absolue (art. 191), et dès lors insusceptible de se couvrir, soit par l'effet d'une confirmation quelconque, soit par le laps de temps. Mais nous verrons que si la nullité elle-même dure toujours, la demande, qui en serait formée par certaines personnes, pourrait être quelquefois écartée par une fin de non-recevoir (*infra*, nºˢ 326, 329).

316. — Il se peut en effet, dans certains cas, qu'une nullité absolue ne soit pas proposable : soit parce qu'elle serait couverte, auquel cas personne n'est désormais admis à la proposer; soit parce que la demande serait formée par un individu auquel une fin de non-recevoir est opposable, auquel cas la nullité subsistant toujours, pourrait être proposée par toute autre personne, à laquelle ne s'appliquerait point la fin de non-recevoir.

Examinons donc cette double modification au caractère général des nullités absolues.

317. — La nullité résultant du défaut d'âge nous en offre tout d'abord l'exemple :

A. Elle peut se couvrir envers et contre tous (art. 185);

B. Elle peut n'être pas proposable par certaines personnes, à raison d'une fin de non-recevoir purement relative (art. 186).

A. Article 185. « Néanmoins, le mariage contracté « par des époux qui n'avaient point encore l'âge re- « quis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet « âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est « écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux « ont atteint l'âge compétent; 2° lorsque la femme, qui « n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six « mois. »

C'est donc dans deux cas que la nullité résultant du défaut d'âge est couverte :

D'abord, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux ont atteint l'âge compétent, c'est-à-dire quinze ans pour la femme, et dix-huit ans pour le garçon (art. 144; Cass., 4 nov. 1822, Loncouat, Sirey, 1823, I, 219; Merlin, *Répert.*, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. I, p. 201).

318. — Mais je suppose qu'avant l'expiration des six mois depuis la puberté acquise, l'époux ou les époux aient ratifié tacitement ou expressément le mariage; la nullité sera-t-elle alors immédiatement couverte ?

Cette question me paraît délicate.

Pour la négative, on peut dire :

Cette nullité procède non pas d'un vice quelconque dans le consentement des époux, mais uniquement de leur impuberté, c'est-à-dire de l'absence d'une condition d'ordre public ; et dès lors leur ratification tacite ou expresse ne saurait l'effacer avant le temps marqué par la loi. Pour prévenir les unions prématurées, pour intimider les familles et les parties qui voudraient les former, non-seulement la loi a prononcé une nullité absolue, mais elle a déclaré que cette nullité serait proposable par tous ceux qui ont intérêt et par le ministère public (art. 184,

187, 190), même après que l'époux ou les époux auraient atteint l'âge compétent, et six mois encore après cette époque ; or, il ne dépend pas des époux de diminuer la puissance et l'efficacité de cette sanction pénale ; il ne dépend pas d'eux d'enlever aux tiers l'action en nullité que le texte leur accorde ; il ne pourrait tout au plus en résulter contre l'époux qu'une fin de non-recevoir personnelle ; mais c'est là même une concession qu'il ne faut pas faire ; car la loi ne l'a pas admise ; car nous avons vu (*supra*, n° 300) que l'époux pubère d'une personne impubère peut proposer la nullité, quoiqu'il ait consenti au mariage ! donc, l'époux impubère peut toujours aussi demander, même après sa puberté, la nullité du mariage, dès qu'il ne s'est pas écoulé six mois depuis sa puberté. Autrement, on ne manquerait jamais de dire que la cohabitation continuée pendant deux ou trois mois, depuis cette époque, formerait une confirmation tacite ; or, ce serait là méconnaître tout à fait les termes et l'esprit de l'article 185, qui ne se préoccupe pas du fait de la cohabitation ; il ne l'exige pas pour qu'au bout des six mois la nullité soit couverte ; et M. Valette reprend à cet égard justement Proudhon, qui enseigne le contraire (t. I, p. 439, note *a*) ; mais, réciproquement, l'article 185 ne déclare la nullité couverte qu'après les six mois, lors même qu'il y aurait eu toujours cohabitation ; et j'ai déjà remarqué que c'est là l'hypothèse la plus ordinaire et la plus vraisemblable, et celle par conséquent que le législateur a toujours en vue. La preuve en est, dans le cas particulier qui nous occupe, que c'est seulement la grossesse de la femme impubère qui crée une fin de non-recevoir ; donc, le texte suppose la cohabitation, et ne se contente pas de cette seule circonstance (Cass., 4 nov. 1822, Loncouat C. Cassagnan, Sirey, 1823, I, 219 ; Vazeille, t. I, n° 247 ; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. IX, art. 2, n° 13 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 27 ; Demante, t. I, n° 268 *bis*, I).

Cette argumentation est serrée ; mais elle arrive à un résultat qui me paraît bien fâcheux. Et d'abord, il n'est pas facile de se rendre très-exactement compte du motif, qui a porté la loi à accorder encore l'action en nullité après que l'époux impubère a atteint l'âge compétent, et même pendant six mois au delà. Cette cause de nullité, très-grave aussi sans doute, n'est pourtant pas comparable à l'inceste, à la bigamie! elle est d'allleurs purement temporaire, et le législateur lui-même l'a reconnu. Pourquoi donc n'avoir pas, dans ce cas, fait cesser l'effet en même temps que la cause, et déclaré la nullité couverte le jour où les époux ayant atteint l'âge compétent, une célébration nouvelle pourrait valider le mariage? Ainsi l'avait fait le droitr omain (L. 4, ff. *de Rit. nupt.*), et même aussi notre ancien droit français (Pothier, nº 95). Le Code Napoléon en dispose autrement; mais encore un coup, pourquoi? « L'effet ne doit pas sur- « vivre à sa cause, disait à ce sujet Portalis; on donne « un délai de six mois, parce que toutes les fois que « la loi accorde une action, elle doit laisser un temps « utile pour l'exercer. » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 513.) N'est-il pas permis d'en conclure que le délai de six mois est principalement accordé dans l'intérêt de ceux auxquels l'action appartient, et qu'ils peuvent, en conséquence, y renoncer? Une chose me frappe, c'est qu'il sera presque toujours très-désirable, pour les familles et pour la société elle-même, de maintenir alors le mariage bien plutôt que de l'annuler! Or, serait-il, en pareil cas, logique et moral d'admettre encore l'époux à proposer la nullité, après avoir ratifié le mariage, qui sait? peut-être, en présence et avec l'assentiment de ses ascendants ou de sa famille? Que la seule cohabitation ne crée pas contre lui une fin de non-recevoir, je pense aussi que cela est conforme au texte et aux motifs généraux de la loi; mais il m'est difficile de croire que la loi n'ait pas même voulu qu'on tînt

compte d'une ratification positive et formelle (Toullier, t. I, n° 622).

Mais cette ratification de l'époux couvrirait-elle la nullité à l'égard des autres intéressés? ceci est plus délicat encore, et je conviens que j'hésite. Pourtant, vous figurez-vous le procureur impérial demandant alors la nullité, ou même les collatéraux la proposant après la mort de l'époux qui avait solennellement ratifié le mariage? je serais bien tenté de dire, même alors, que l'*effet ne doit pas survivre à sa cause!*

319. — La nullité est encore couverte, lorsque la femme, qui n'était point pubère, a conçu avant l'échéance de six mois. La présomption légale d'impuberté se trouve alors démentie par le fait même; et cette grossesse d'ailleurs est une circonstance qui rend très-désirable le maintien du mariage.

Notez ici deux remarques :

1° La grossesse de la femme ne couvre la nullité que lorsque la femme elle-même n'avait pas l'âge compétent. Il est vrai que le commencement de l'article 185 semblerait supposer que le mariage *ne peut plus être attaqué* absolument par personne dans les deux cas qu'il prévoit; mais, d'une part, la rédaction du second numéro rectifie, sous ce rapport, la trop grande généralité des premiers mots de l'article : « Lorsque la femme, *qui n'avait point cet âge...;* » et d'autre part, outre que la grossesse de la femme *pubère* ne serait pas une preuve certaine de la puberté du mari, qui n'aurait point l'âge compétent, on a dû craindre que la femme ne cherchât, dans l'adultère, le moyen d'effacer la nullité du mariage.

2° Il suffit que la femme impubère ait conçu à une époque quelconque depuis la célébration du mariage et avant l'échéance de six mois, à partir de l'époque de la puberté légale. Il est vrai encore que ces mots de l'article 185 : *avant l'échéance* DE *six mois*, sembleraient supposer grammaticalement que ce délai commence à

courir à partir de la célébration du mariage; mais telle n'a pas été (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 512), et telle ne pouvait pas être raisonnablement la pensée du législateur. Il résulterait, en effet, de cette interprétation que si la femme, mariée à quatorze ans, devenait grosse à quatorze ans et sept mois, la nullité ne serait pas couverte, tandis qu'elle le serait, si la grossesse se déclarait avant la fin du sixième mois depuis la célébration du mariage! Est-ce que, dans les deux cas, la preuve de la puberté n'est pas également acquise? est-ce qu'il n'y a pas même lieu de maintenir le mariage dans le premier cas plus encore que dans le second, puisque la femme, dans le premier cas, approche davantage de l'époque de la puberté légale?

320. — Est-il nécessaire que la femme ait conçu avant que l'action en nullité soit formée?

Il faut s'entendre :

Demandez-vous si la femme pourrait fonder une demande en sursis sur l'espoir, sur la possibilité d'une grossesse à venir? Je n'hésiterais pas à répondre alors négativement; la nullité du mariage est actuelle, et l'action en nullité aussi procède bien actuellement (art. 184). La grossesse de la femme n'est vraiment qu'une fin de non-recevoir, qu'une espèce d'exception. « *Néanmoins*.... dit l'article 185, le mariage ne peut plus être attaqué, lorsque la femme *a conçu*.... » Il faut donc qu'elle ait effectivement conçu pour que l'action en nullité puisse être arrêtée.

Demandez-vous au contraire si la femme qui deviendrait grosse seulement depuis l'action intentée et pendant le cours de l'instance, pourrait se prévaloir de cette grossesse postérieure à la demande en nullité? Cette question est plus délicate : l'action, dans ce cas, a été légalement formée dès le principe; or, les juges doivent en général, pour apprécier le mérite d'une action, se reporter à l'époque où elle a été introduite; donc, l'ac-

tion en nullité doit être accueillie. A la vérité on décide que la demande en nullité fondée sur le défaut de consentement des parents, est arrêtée par leur consentement intervenu même pendant l'instance; mais c'est que la ratification a un effet rétroactif; c'est aussi parce que le droit des demandeurs en nullité était, dans ce cas, affecté d'une sorte de condition. Ici, au contraire, c'est la fin de non-recevoir qui est conditionnelle ; et cette condition ne peut se réaliser efficacement qu'avant la réclamation (Duranton, t. II, nº 320.)

J'apprécie beaucoup ces motifs ; et je croirais aussi devoir m'y rendre, si une intention contraire ne me paraissait pas résulter des travaux préparatoires du Code Napoléon : d'après la première rédaction de l'article 185, il fallait effectivement que la femme eût conçu *avant l'époque de la réclamation* (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 354); or, ces mots ont été supprimés et ne se retrouvent plus dans la rédaction définitive ; donc, cette suppression atteste la volonté d'admettre la fin de non-recevoir résultant d'une grossesse, survenue même pendant le procès. Et comme cette solution me paraît très-désirable et très-utile, je me rattache à ce motif pour admettre la fin de non-recevoir (D., *Rec. alph.*, t. X, vº *Mariage*, sect. IX, art. 3, nºs 6-8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 57; Massé et Vergé, t. I, p. 204; Demante, t. I, nº 268 *bis*, V.)

321. — Quel moyen aura-t-on de s'assurer de la grossesse de la femme, lorsqu'elle sera alléguée, comme fin de non-recevoir, soit au moment même où l'action sera formée, soit pendant le cours de l'instance?

Ordonnerez-vous que la femme sera visitée par des médecins ou des sages-femmes? mais ce moyen, si fâcheux toujours pour les bonnes mœurs, pourra très-souvent, surtout dans les commencements de la grossesse, ne fournir aucun renseignement certain. — Condamnerez-vous les époux à se séparer provisoirement? ce pro-

cédé semblerait plus conforme au vœu de la loi (arg. de l'article 190), et au motif même de cette action en nullité, qui a pour but d'empêcher les époux de se nuire à eux-mêmes et de *détruire leur santé par des unions prématurées* (Toullier, t. I, n° 621, note 1). Mais ne serait-ce pas là appliquer déjà les effets d'une nullité qui n'est point encore prononcée? (Vazeille, t. I, n° 243); tandis que, d'après l'article 190, c'est le même jugement qui prononce la nullité du mariage, qui ordonne en conséquence aux époux de vivre séparés. Et puis d'ailleurs, comment empêcher les époux de se réunir, s'ils sont d'accord, et si la demande en nullité n'est pas formée par l'un d'eux contre l'autre? — La vérité est que la loi garde, sur ce point, le silence ; et je pense que c'est aux magistrats qu'il appartient alors de se déterminer, en fait, d'après les circonstances, et d'ordonner telle mesure d'instruction ou tel sursis qui leur paraîtront convenables.

322. — B. Article 186 : « Le père, la mère, les as-
« cendants et la famille qui ont consenti au mariage
« contracté dans le cas de l'article précédent, ne sont
« point recevables à en demander la nullité. »

Ici la nullité elle-même n'est pas couverte ; il s'agit d'une fin de non-recevoir, qui ne permet pas à certaines personnes de la proposer.

A quelles personnes et dans quels cas cette fin de non-recevoir est-elle opposable?

A quelles personnes? à celles qui *ont consenti au mariage*; ces expressions du texte me paraissent supposer que les personnes dont il s'agit avaient qualité pour y consentir ; et la preuve en résulte encore de l'énumération que fait notre texte : « Le père, la mère, les ascen-
« dants, la famille,... » c'est-à-dire *le conseil de famille*, c'est-à-dire, en un mot, les personnes auxquelles la loi confie le soin de maintenir dans la famille le bon ordre et l'observation des règles qu'elle prescrit. « Il ne faut pas,

« disait Portalis, qu'ils puissent se jouer de la foi du « mariage après s'être joués des lois. »

Je ne penserais donc pas, avec MM. Toullier (t. I, nº 97), et Vazeille (t. I, nº 244), que cette fin de non-recevoir fût opposable à tous les parents en général qui auraient donné leur consentement ou *leur approbation* au mariage. Remarquez d'abord qu'on change ainsi le texte même de la loi, et qu'on y ajoute un mot qu'elle n'a pas employé. La loi n'exclut que ceux qui ont *consenti!* Or, on ne peut pas dire que le parent, que le cousin, par exemple, qui assiste à la célébration, ou qui, de toute autre manière, semble approuver le mariage, on ne peut pas dire juridiquement qu'il y *consente*; il n'y a là, de sa part, aucune complicité; et ce n'est pas à lui sans doute que Portalis aurait reproché de *se jouer des lois!* Ce mariage, en effet, ne le concernait pas; il n'a pas été consulté, il n'avait à exprimer ni consentement ni refus. Aussi l'ancien droit n'admettait-il point alors de fin de non-recevoir. (Pothier, nº 448); et tout semble annoncer que l'article 186 est conçu dans le même esprit. N'oublions pas que l'article 186 est une exception à l'article 184, d'après lequel cette nullité absolue est, en règle générale, proposable par tous ceux qui ont intérêt (Delvincourt, t. I, nº 71, note 10; Duvergier sur Toullier, t. I, nº, 627, note *b*).

Telle est aussi la doctrine à laquelle viennent de se rallier, dans leur troisième édition, nos honorables collègues MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 56; ajout. Massé et Vergé, t. I, p. 204; Demante, t, I, nº 269 *bis*, I).

323. — Mais, direz-vous, il était inutile d'accorder aux ascendants ou au conseil de famille l'action en nullité fondée sur le défaut d'âge. En effet, de deux choses l'une: ont-ils consenti au mariage? l'article 186 la leur refuse; n'y ont-ils pas consenti? ils ont une action en nullité fondée sur le défaut de consentement (art. 182); ainsi donc, quand l'action en nullité résultant du défaut d'âge

leur serait utile, on la leur refuse; et c'est lorsqu'ils n'en ont pas besoin qu'on la leur accorde. — Cette observation a quelque vérité; néanmoins l'action en nullité fondée sur le défaut d'âge pourra, dans certains cas, être utile même aux ascendants ou à la famille : 1° si l'action en nullité fondée sur le défaut de consentement, est prescrite (art. 182); 2°, si, les ascendants qui ont consenti au mariage, étant décédés, l'exercice de la puissance paternelle se trouve actuellement dans d'autres mains; 3° si enfin l'ascendant ou le conseil de famille qui a donné son consentement au mariage, avait été trompé sur l'âge véritable de l'enfant; car ils ne sont non-recevables que lorsqu'ils ont consenti *avec connaissance de cause* (Portalis; Valette sur Proudhon, t. I, p. 438, note *a*).

324. — Nous avons remarqué plus haut (nº 300) que cette fin de non-recevoir n'est pas opposable à l'époux pubère qui a contracté mariage avec une personne impubère.

325. — Ajoutons qu'elle ne s'applique qu'à la nullité résultant du défaut d'âge; les ascendants eux-mêmes et le conseil de famille pourraient donc proposer les autres nullités absolues contre le mariage, malgré le consentement qu'ils y auraient donné (art. 184). Le bon ordre des familles et de la société l'emporte alors sur toute autre considération (comp. Lyon, 4 avril 1867, D..., Dev., 1867, II, 290).

326. — L'article 196 crée aussi une fin de non-recevoir :

« Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célé-
« bration du mariage devant l'officier de l'état civil est
« représenté, les époux sont respectivement non-receva-
« bles à demander la nullité de cet acte. »

A quelles personnes cette fin de non recevoir s'applique-t-elle? — à quelles actions en nullité? — et sous quelles conditions? (Comp. Gérardin, *de l'Influence de la*

possession d'état sur la preuve du mariage, Revue pratique de Droit français, 1866, 2, XXI, p. 257 et suiv.)

327. — A. A quelles personnes? ici point de difficulté. Cette fin de non-recevoir n'est opposable que par l'un des époux à l'autre; c'est ce que déclare en termes explicites l'article 196, qui n'est lui-même que la suite et le développement de l'article 195, où les deux époux sont déjà mis *respectivement* en présence l'un de l'autre; leur possession d'état est effectivement leur fait commun, leur fait personnel et relatif (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mariage,* sect. VI, § 2, quest. 3, *sur l'article* 196; Toullier, t. I, n° 626).

Telle est la règle; mais j'ai déjà remarqué que les faits postérieurs à la célébration du mariage pouvaient atténuer rétroactivement les vices qui seraient reprochés à la célébration; et il pourrait ainsi se faire que la possession d'état des époux servît à faire repousser l'action en nullité formée contre leur mariage, même par un tiers. Mais ce ne serait point alors par une application directe de l'article 196 (Zachariæ, t. III, p. 308; comp. Lyon, 4 avril 1867, D..., Dev, 1867, I, 290; *voy.* toutefois, Gérardin, *Revue prat. de Droit franç.,* 1866, t. XXI, p. 276 et suiv.).

328. — B. A quelles causes de nullité s'applique l'article 196?

Les opinions présentent, à cet égard, quelque incertitude; on en pourrait compter trois:

1° D'après la première, l'article 196 ne concerne pas du tout les nullités du mariage lui-même; il ne s'occupe que de l'acte destiné à prouver la célébration. C'est ce qui résulte soit de la place que cet article occupe au milieu des autres articles qui traitent uniquement de la preuve du mariage, soit de ses termes mêmes. « Les « époux sont respectivement non recevables à demander « la nullité *de cet acte.* » Ainsi, en règle générale, le mariage ne peut être prouvé que par un acte régulier

de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (art. 194); la possession d'état ne saurait le remplacer (art. 195). Toutefois, s'il y a en même temps possession d'état et acte de célébration, cette double circonstance suffira ; le mariage sera prouvé par cet acte, même imparfait et irrégulier ; et les époux ne pourront pas en demander la nullité sur le motif, par exemple, qu'il ne contiendrait pas les mentions exigées par l'article 76. Le mariage sera prouvé ! mais voilà tout ; les nullités absolues dont il serait entaché n'en pourront pas moins être proposées (Duranton, t. II, comp. n° 250 et 252 ; Marcadé, t. II, art. 196, n° 1).

2° Il semble très-difficile d'admettre cette opinion ; car d'une part, dès qu'un acte quelconque de célébration existe, demander la nullité de cet acte, n'est-ce pas demander aussi la nullité de ce mariage? Et d'autre part, ne serait-il pas tout à la fois illogique et fort regrettable que la possession d'état ne purgeât point la nullité fondée sur la clandestinité de la célébration? Marcadé lui-même le reconnaît si bien, que tout en déclarant que *le Code est muet sur ce point,* il ajoute : *c'est entrer dans l'esprit de la loi que de répondre affirmativement* (t. II, art. 191, n° 3). Mais si, en effet, le Code était muet, je crois qu'il ne nous serait pas possible de créer, de notre propre autorité, une telle fin de non-recevoir, c'est-à-dire de modifier et d'abroger en partie la disposition absolue de l'article 191. Il nous faut donc un texte ; et c'est précisément l'article 196 qui va nous le fournir. La pensée essentielle de cet article me paraît être d'élever la fin de non-recevoir résultant de la possession d'état contre les nullités qui peuvent affecter *l'acte de célébration,* c'est-à-dire la célébration elle-même, la solennité même de la célébration du mariage ; or, les conditions de publicité font partie de la célébration; donc, l'action en nullité fondée sur l'insuffisance de ces conditions, est soumise à la fin de non-recevoir introduite par l'arti-

cle 196. Et cela est très-rationnel; la possession d'état, c'est la publicité du mariage! c'est la notoriété de l'état légitime des époux! le remède est donc adéquat et topique (Paris, 13 juin 1836, Turin, Dev., 1836, II, 297).

3° Mais ne faut-il pas même aller plus loin, et appliquer l'article 196 à la nullité résultant de l'incompétence de l'officier civil qui a célébré le mariage?

Non, a-t-on répondu (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, quest. 2, *sur l'article* 196; Proudhon, t. I, p. 442; Zachariæ, t. III, p. 308; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 343; Demante, t. I, n° 278 *bis*, III; Tribunal civil de la Seine, 2 juillet 1872, Morgan, Dev., 1872, II, 248).

Le texte de l'article 196 se sert de ces mots : *l'officier* de l'état civil, et non pas de ces mots : *un officier* de l'état civil; donc, il présuppose la compétence de l'officier public qui a procédé à la célébration. Quel rapport d'ailleurs et quelle corrélation trouver entre le vice d'incompétence de l'officier public et la possession d'état? Aussi Portalis a-t-il déclaré que cette nullité *ne peut être couverte par la possession* (Locré, *Législ.*, t. IV, p. 515). — Mais d'abord remarquez que l'illustre orateur s'exprimait ainsi en même temps sur le vice de clandestinité et sur le défaut de compétence; or, nous venons de reconnaître que l'article 196 s'applique au vice de clandestinité; donc, cette proposition de Portalis était un peu trop absolue. Il est au reste possible de l'expliquer en ne l'appliquant qu'à cette incompétence radicale et complète, qui fait qu'il n'y a point de mariage (*supra*, n° 315).

Mais, au contraire, lorsque l'incompétence n'a point ce caractère, lorsque le mariage célébré par un officier incompétent, est seulement annulable, lorsque enfin on se trouve dans le cas de l'article 193, où les magistrats ont à apprécier le caractère plus ou moins grave de cette incompétence, alors il doit y avoir lieu aussi à l'application de l'article 196 :

1° Le texte de cet article, s'il se sert de ces mots: *l'officier de l'état civil,* n'ajoute pas : l'officier de l'état civil *compétent;* et n'exige pas dès lors nécessairement cette condition.

2° L'incompétence en effet est elle-même un des vices de la célébration du mariage, de *l'acte de célébration;* or, c'est à ces vices que l'article 196 est surtout applicable.

3° Rien de plus logique encore et de plus rationnel ; car la compétence de l'officier public est exigée, comme le remarque M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 443, note *a*), soit pour procurer la publicité même du mariage, soit pour garantir la liberté de consentement des époux; or, la possession d'état, qui a suivi la célébration, a rendu le mariage public, et prouvé la liberté du consentement des époux; donc, elle doit créer aussi une fin de non-recevoir contre leur demande en nullité, fondée sur l'incompétence de l'officier public.

Tel est mon sentiment; et je donne à l'article 196 la même étendue d'application qu'à l'article 193; car ces deux dispositions me paraissent corrélatives. Mais il faut, bien entendu, s'arrêter là ; et la possession d'état ne saurait élever aucune fin de non-recevoir contre la nullité résultant de la bigamie, par exemple, ou de l'inceste (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 106; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 112; Gérardin, *Revue prat. de Droit franç.*, 1866, t. XXI, p. 262; Cass., 26 juillet 1865, Adour, Dev. 1865, I, 393).

529. — C. Quant aux conditions auxquelles cette fin de non-recevoir est soumise, l'article 196 les détermine nettement; il faut :

1° Que les époux aient la *possession d'état,* c'est-à dire qu'ils se soient réciproquement traités comme époux légitimes, et qu'ils aient été considérés comme tels dans la famille et dans la société.... *nomen, tractatus, fama* (art. 197 et 321 ; Bourges, 23 mai 1822 ; Millereau C. Jourdan, Sirey, 1822, II, 315);

2° Qu'un acte de célébration de mariage soit représenté.

Un acte de célébration inscrit sur une feuille volante satisferait-il suffisamment à cette dernière condition? on l'a prétendu (Cass., 21 nov. 1808, Van-Heecktyl, D., *Rec. alph.*, v° *Mar.*, sect. VIII, n° 4 ; Toullier, n° 598 ; t. I, n° 202). — Mais j'ai déjà expliqué les motifs de mon dissentiment sur ce point (t. I, n° 323) ; et je penserais encore qu'une feuille volante ne peut pas plus donner lieu à l'application de l'article 196 qu'elle ne saurait autoriser la preuve exceptionnelle de l'article 46.

330. — J'ai dit que la nullité résultant de la bigamie n'admettait ni confirmation, ni prescription, ni fin de non-recevoir ; on peut bien soutenir que la nullité n'existe pas, mais non point qu'elle a été couverte.

« Si les nouveaux époux opposent la nullité du pre-
« mier mariage, la validité ou la nullité de ce premier
« mariage doit être jugée préalablement. » (Art. 189.)

Le second effectivement ne sera nul qu'autant que le premier sera valable ; c'est donc là une question *préjudicielle*, et non pas une fin de non-recevoir. Aussi n'est-il pas douteux que cette question peut être soulevée, et ce moyen de défense présenté par tous ceux qui ont intérêt à la valadité du second mariage. Si l'article 189 ne parle que des nouveaux époux, c'est probablement parce qu'il fait suite à l'article 188, qui s'occupe de l'action dirigée contre eux par celui au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté ; mais sa disposition, qui exprime une vérité absolue, n'est certainement pas restrictive.

331. — Je ne crois pas non plus qu'il y ait lieu de faire de distinction entre les diverses espèces de nullité dont le premier mariage serait entaché.

On a toutefois proposé de distinguer, du moins en ce qui concerne les poursuites criminelles (art. 340 C. pén.),

entre les nullités absolues et les nullités relatives : si l'individu accusé de bigamie, invoque une nullité absolue contre son premier mariage, la Cour d'assises devrait surseoir et renvoyer devant les tribunaux civils; tandis qu'il en serait autrement, si la nullité proposée n'était que relative. La nullité absolue, dit-on, n'opère pas seulement une simple résolution ou dissolution du lien du mariage : elle fait que ce lien n'a jamais existé ! Au contraire, la nullité relative, fût-elle prouvée, ne détruirait point l'accusation; parce que le mariage se trouvait exposé à être dissous, il n'en était pas moins valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée par les tribunaux (Thémis, t. I, p. 229, 220).

Cette distinction ne me paraît pas fondée : voulez-vous dire en effet que la nullité relative n'a pas lieu de plein droit? cela est vrai ; mais il en est de même de la nullité absolue. — Voulez-vous dire que, la nullité absolue ayant été une fois prononcée par jugement, il n'y a jamais eu de mariage? cela est vrai; mais il en est aussi de même de la nullité relative. Pour l'une comme pour l'autre : avant le jugement qui l'annule, le mariage existe; après le jugement qui l'a annulé, il est réputé n'avoir jamais existé. Sous ce rapport il n'y a aucune différence entre ces deux espèces de nullités. Si donc l'existence apparente d'un mariage depuis annulé, suffisait pour engendrer le crime de bigamie, il faudrait punir également tout individu qui se serait remarié avant d'avoir fait prononcer la nullité de son premier mariage, quelle que fût d'ailleurs la cause de cette nullité. Et voilà bien en effet ce qu'on avait soutenu dans le principe; on voulait que dès qu'un mariage avait *les formes extérieures de la loi*, sa nullité ne pût couvrir le délit (Cass., 19 nov. 1807, Bauzin C. le proc. de la Moselle, Sirey, 1813, I, 389; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Bigamie*). Mais cette doctrine a été justement abandonnée; et ce serait la conserver encore, et même avec une con-

tradiction de plus, que de l'appliquer aux nullités absolues sans l'appliquer aux nullités relatives (Cass., 25 juill. 1811, Barbier, Sirey, 1813, I, 390).

332. — Voici, au contraire, entre les unes et les autres, une différence fondée sur les véritables caractères qui les distinguent : les nullités relatives ne sont proposables que pendant un certain temps, tandis que les nullités absolues sont, en général du moins, perpétuelles.

Eh bien! un fils de famille, âgé de vingt ans, s'est marié sans le consentement de son père; il se remarie avant l'expiration du délai pendant lequel il pouvait proposer cette nullité (art. 182, 183); et ce délai expire depuis la célébration de son second mariage. Pourra-t-il encore invoquer cette nullité pour repousser soit l'action en nullité formée contre ce second mariage, soit les poursuites criminelles ?

Le mariage n'est pas nul de plein droit; et les nullités n'ont d'effet qu'autant qu'elles sont proposées dans les délais et sous les autres conditions déterminés par la loi; or, la nullité n'a pas été proposée dans le délai fixé par l'article 183; donc, elle est couverte; donc, le premier mariage est désormais inattaquable.

Comment le crime de l'époux aurait-il eu pour effet de prolonger en sa faveur la durée de l'action en nullité! Tout ce qu'on pourrait dire de plus, c'est que, si on admet la doctrine que j'ai exposée plus haut (n° 269), cet époux serait encore recevable à proposer la nullité par voie d'exception, si d'ailleurs il se trouvait dans les conditions requises pour que cette exception fût en effet présentable (Cass., 8 avril 1811, Billecard C. le proc. gén. de Nancy, Sirey, 1813, I, 388).

333. — Je n'appelle pas non plus *fin de non-recevoir* proprement dite le défaut absolu d'intérêt de la part de ceux qui formeraient l'action en nullité; c'est ainsi que es collatéraux ou les enfants du premier lit qui, par

l'effet de renonciations ou de prescription, auraient perdu les droits à raison desquels ils auraient pu agir, n'auraient plus qualité pour proposer les nullités même les plus absolues (Zachariæ, t. III, p. 242 et 258).

334. — Les nullités résultant du défaut d'âge, de la parenté ou de l'alliance, pourraient-elles être couvertes par des dispenses accordées depuis la célébration du mariage? (Art. 145-164.)

L'affirmative semblerait bien favorable; et il paraît qu'autrefois les dispenses avaient cet effet confirmatif, lors même qu'elles n'étaient *fulminées* qu'après la mort de l'un des époux, ou, comme on disait alors, *in radice matrimonii* (Code matrim., t. I, 3e part., p. 425, et Pothier, nos 280-282).

Mais il serait aujourd'hui très-difficile de justifier une telle solution: aux termes de l'article 184, tout mariage contracté en contravention aux articles 144 et 163, peut être attaqué par tous ceux qui ont intérêt; telle est la règle, tel est le droit de tous les intéressés; or, aucun texte ne fait exception pour le cas où des dispenses seraient accordées postérieurement à la célébration; donc, l'action en nullité ne peut pas leur être ainsi enlevée. Cette proposition, plus certaine encore dans le cas où l'action en nullité aurait été déjà intentée avant la concession des dispenses, me paraît d'ailleurs applicable à tous les cas où les dispenses n'ont pas précédé la célébration; et c'est là peut-être une sanction de plus, une sanction utile et morale de la nécessité des dispenses (Toullier, t. I, no 638; Vazeille, t. I, no 228; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 58).

N° 3. — *Y a-t-il encore d'autres nullités, soit relatives, soit absolues, que celles dont il est question dans le chapitre* IV *de notre titre.*

335. — Les principes, que j'ai posés plus haut

(nos 237-239), ont déjà par avance résolu cette question. Le Code Napoléon a consacré un chapitre spécial *aux demandes en nullité;* il a déterminé les causes sur lesquelles elles pourraient être fondées; les personnes qui auraient droit de les former; le temps pendant lequel elles pourraient être intentées; les fins de non-recevoir dont elles seraient susceptibles. Il a donc à cet égard voulu tout régler, tout prévoir; et ses dispositions doivent être considérées comme restrictives. On ne pourrait introduire une autre cause de nullité, sans rencontrer de suite toutes sortes d'embarras: serait-elle relative ou absolue? Par qui et pendant combien de temps serait-elle proposable? aucune de ces questions ne serait résolue; or, précisément la loi n'a pas créé une seule nullité sans l'organiser, sans déterminer ses conditions d'exercice (comp. art. 181-196); donc, là où ces conditions ne sont pas réglées, il n'y a pas en effet nullité (comp. Cass., 12 nov. 1844, Sillas-Lenormand, Dev., 1845, I, 246; Colmar, 27 fév. 1852, héritiers C...., Dev., 1852, II, 488).

On objecte qu'il n'est pas question de la mort civile dans le chapitre IV de notre titre, et qu'il faut bien dès lors admettre d'autres nullités que celles qu'il détermine (art. 25). — Je réponds qu'il n'est pas non plus question, dans notre chapitre, du prétendu mariage qui aurait été célébré entre deux personnes du même sexe! Est-ce à dire que je prétendrai qu'il n'y aura point là nullité? non sans doute. Le mariage sera *nul* alors et non pas seulement annulable; et j'ai exposé la différence essentielle qu'il faut faire entre l'un et l'autre. Contre le mariage *nul*, je n'ai pas besoin d'un texte! la loi n'annule pas le néant! or, le mariage d'un mort civilement était nul (*supra*, n° 242); donc, il n'était pas étonnant que notre chapitre IV ne s'en fût pas occupé; car il ne s'occupe que des mariages existants et annulables; et c'est seulement de ceux-ci que je dis: 1° qu'il n'y a d'action en nullité que celle qui est écrite dans la loi; 2° que les seules per-

sonnes qui puissent former une action en nullité, sont celles auxquelles la loi la concède (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. vi, § 2, quest. 6, *sur l'article* 184).

En appliquant cette doctrine, je considérerai comme simplement prohibitifs les empêchements suivants :

336. — 1° L'empêchement qui résultait de l'ancien article 28 du Code Napoléon; je ne dis pas seulement dans le cas où le condamné par contumace se serait représenté ou serait mort avant l'expiration des cinq ans qui lui étaient accordés pour purger sa contumace (art. 29 et 31; *voy.* notre tome I, n°s 224-227), mais même aussi dans le cas où la mort civile l'aurait frappé à l'expiration de cette première période (art. 30; *supra*, n° 121).

337. — 2° L'empêchement résultant de l'article 228 (ajout. art. 194 C. pén.) — Cette opinion, quoique combattue par Delvincourt (t. I, p. 61, note 6), et Proudhon (t. I, 404, et t. II, p. 49), paraît être généralement suivie. La nullité, une fois reconnue, serait en effet inexorable; et il faudrait annuler le mariage contracté par la femme, même neuf mois après la mort de son premier mari! Telle n'a pu être l'intention de la loi (Dijon, 3 juill. 1807, Verchères, Sirey, 1807, II, 321; Colmar, 7 juill. 1808, Groshenny, Sirey, 1809, II, 168; Cass., 29 oct. 1811, Verchères, Sirey, 1812, I, 46; Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Noces* (secondes), § 2, n° 1; Toullier, t. I, n° 651; Duranton, t. II, n° 176; Vazeille, t. I, n° 100; Valette sur Proudhon, t. I, p. 404; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 74).

338. — 3° L'empêchement résultant de l'article 348 (*supra*, n° 109).

Les dissidences sont toutefois ici plus nombreuses; et beaucoup d'auteurs déclarent cet empêchement dirimant : soit parce qu'en effet le mariage est alors *prohibé* par la loi, soit parce que l'adoption, imitant la nature, crée une sorte de parenté fictive, à laquelle il faut dès lors appliquer les articles 161, 162 et 184 (Merlin, *Rép.*,

t. XVI, v° *Mariage*, sect. VI, § 2, p. 774; Prudhon, t. I, p. 403; Vazeille, t. I, n° 228; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. XI, art. 2, § 2, n° 1; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 519).

Mais d'abord tout ce qui résulte de l'article 348, c'est que le mariage est *prohibé;* et je reconnais, bien entendu, cet empêchement! mais je dis qu'il est *prohibitif* et non dirimant; et en cela, il me semble que je pourrais moi-même me prévaloir de ce texte. L'assimilation faite entre la parenté naturelle et la parenté *fictive*, qui résulte de l'adoption, n'est pas d'ailleurs, de tous points, exacte; et l'article 184, qui prononce la nullité, renvoie uniquement aux articles 161, 162 et 163, et point à l'article 348 (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 526; Massé et Vergé, t. I, p. 213; Marcadé, art. 348, n° 2).

339. — 4° L'empêchement prononcé par les articles 295 et 298 (*supra*, n° 125). — Cette opinion, quoique combattue encore par Proudhon (t. I, p. 406), me paraît la meilleure (Toullier, t. I, n° 651; Duranton, t. II, n° 178; Vazeille, t. I, n° 103; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 74).

340. — 5° Nous avons vu aussi que l'engagement dans les ordres sacrés, qui ne constitue pas même, à nos yeux, un empêchement prohibitif, ne forme pas, dans la doctrine contraire, un empêchement dirimant (*supra*, n°s 131, 132).

Tel était, du moins, l'état de cette doctrine, lorsque, dans notre seconde édition, nous écrivions ce qui précède.

Mais elle a fait depuis un grand pas de plus; et elle décide que l'empêchement, qui résulte de la prêtrise, est dirimant! (Comp. *supra*, n° 131 *bis*.)

341. — 6° Il faut enfin en dire autant de toutes les conditions du mariage, que la loi n'a pas exigées sous peine de nullité; comme, par exemple, du défaut de publication (*supra*, n° 295) ou d'actes respectueux (*supra* n° 270), etc.

SECTION II.

DES EFFETS DES MARIAGES NULS OU ANNULÉS.

342. — Logiquement, philosophiquement, un mariage *nul*, c'est-à-dire inexistant, ne peut avoir aucun effet. Ce n'est là qu'un pur fait, sans existence juridique; il n'y a pas de mariage, il n'y a rien. C'est le cas de dire; *quod nullum est, nullum producit effectum.* Telle me paraît être la règle; et nous allons en voir des applications pratiques très-remarquables. Pourtant cette distinction entre la nullité et l'annulabilité n'ayant pas été nettement reconnue par les rédacteurs du Code, il serait dangereux de la suivre dans toutes ses conséquences; et je crois qu'il faudra quelquefois, pour nous conformer à leur intention, appliquer au mariage nul les mêmes principes qu'au mariage annulé.

343. — Bien différent du mariage nul, le mariage annulable existe légalement, tant qu'il n'a pas été annulé en justice; la célébration accomplie par l'officier public, a formé entre les époux un lien qui subsistera et qui produira tous les effets d'un légitime mariage, tant que la nullité n'en aura pas été prononcée; et nous savons qu'elle ne peut l'être que sur la demande formée par les personnes et dans les délais déterminés par la loi.

On conçoit donc comment le mariage annulable pourra, même après le jugement déclaratif de la nullité, conserver encore quelques effets de l'existence légale qu'il a eue pendant un certain temps. Ces effets seront différents et plus ou moins considérables, suivant que le mariage n'aura pas été contracté de bonne foi, par les époux, ou que les époux ou l'un d'eux seront, au contraire, de bonne foi.

Nous allons donc examiner:

1° Les effets généraux de tout mariage annulé;

2° Les effets particuliers du mariage annulé, dans le cas où les époux ou l'un d'eux étaient de bonne foi.

§ I.

Des effets généraux du mariage annulé.

344. — Mais d'abord comment se peut-il qu'un mariage annulé produise le moindre effet?

Le jugement, une fois rendu, constate que le mariage n'a jamais existé légalement; or, cette déclaration judiciaire détruit rétroactivement l'apparence de légitimité que la célébration avait pu donner à ce prétendu mariage; donc, vous ne sauriez attribuer aucun effet à cette cause qui est réputée n'avoir jamais existé.

La preuve en est dans les articles 201, 202, d'après lesquels « le mariage qui a été déclaré nul, produit « néanmoins les effets civils.... s'il a été contracté de « bonne foi. » Cette exception même démontre que le mariage déclaré nul ne produit, en règle générale, aucun effet civil (Comp. Cass., 13 avril 1867, Simon, Dev., 1867, I, 341).

Ces principes sont d'une incontestable vérité; il est certain que le jugement ne crée pas la nullité du mariage; il ne fait que la reconnaître et la déclarer. De là il faut conclure que le mariage annulé n'a pas existé valablement, même *in præteritum*, et ne peut pas dès lors produire les effets civils d'un mariage valable : ni quant à l'état des époux et des enfants, ni quant aux intérêts pécuniaires, conventions matrimoniales ou donations. La légitimité n'appartiendra donc ni aux époux, ni aux enfants; les conventions matrimoniales n'auront pas les effets déterminés par le contrat; et la société de biens, qui aurait pu avoir lieu entre les époux, sera réglée par les principes ordinaires qui gouvernent les sociétés de fait. Pareillement les donations faites soit par l'un des époux à l'autre, soit par des tiers aux époux

ou à l'un d'eux, seront considérées comme non avenues (art. 1088); ce sont là des effets civils du mariage considéré comme tel, du mariage juridiquement valable, et qui dès lors ne sauraient survivre au jugement, qui le déclare nul.

345. — Mais il nous semble qu'il ne faut pas exagérer non plus ces principes, et qu'il est impossible de ne pas tenir compte, à certains égards, du fait même de cette existence telle quelle, de cette existence trompeuse et usurpée, si vous voulez, mais enfin de cette existence réelle et effective, que le mariage a eue avant son annulation.

Direz-vous, par exemple, que la filiation des enfants nés pendant ce mariage, ou dans les dix mois qui ont suivi le jugement d'annulation (art. 312-315), direz-vous que leur filiation ne sera pas prouvée par leur acte de naissance, indépendamment même de toute reconnaissance de la part de la mère ou du père? Ceux-ci n'ont pas signé l'acte qui a été dressé sur la déclaration d'un officier de santé ou d'une sage-femme (art. 56); cet acte de naissance fera-t-il foi de la filiation de l'enfant, qui serait dès lors considéré comme un enfant naturel, ou même comme un enfant adultérin ou incestueux reconnu?

Aux termes de l'article 319, c'est seulement la filiation des enfants légitimes, qui se prouvera par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil; or, les enfants d'un mariage annulé ne sont pas légitimes; donc, leur acte de naissance ne prouve point leur filiation.

Voilà l'objection, et je dois avouer qu'elle est en forme! mais de bonne foi, êtes-vous satisfait de ce résultat? vous paraît-il moral ou même rationnel?

Je disais, en traitant de l'absence, que « la possession est un fait, que ni les résolutions, ni les rescisions, ni les revendications ne peuvent détruire dans le passé; qu'on

ne peut pas l'empêcher d'avoir existé, et que dès lors on doit admettre aussi qu'il a existé avec ses conséquences nécessaires et raisonnables.... « (*Voy.* mon *Traité de l'Absence*, n° 237.)

Or, si étrange que soit notre sujet actuel à celui que je traitais alors, il me semble que ce principe peut également ici nous servir. Le mariage a existé avant le jugement d'annulation; voilà un fait que le jugement ne peut pas rétroactivement détruire; il a existé, dis-je, en vertu de la loi elle-même, qui, tant que le jugement n'était pas rendu, voulait que ce mariage, célébré par un officier public, fût réputé valable. Eh bien! je dis que la loi, qui ne peut pas ne pas reconnaître que ce fait a existé, doit admettre aussi qu'il aura existé avec ses conséquences raisonnables et nécessaires; or, telle est certainement la preuve de la filiation des enfants, qui résulte de leur acte de naissance; car cette preuve a pour fondement la cohabitation publique et obligée des époux; les époux, en effet, tant que l'annulation n'était pas prononcée, avaient le devoir de cohabiter ensemble (art. 214); donc, la filiation des enfants doit demeurer prouvée même après l'annulation du mariage (Pothier, n° 399). Le Code Napoléon permet la recherche de la paternité elle-même dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapporte à celle de la conception (art. 340); mais l'existence légale d'un mariage non encore annulé n'est-elle pas une preuve bien plus décisive! et pourtant, si elle n'établissait pas la filiation de l'enfant, celui-ci ne serait pas admis, dans ce cas, à la recherche de la paternité; or, ce serait là une contradiction choquante; donc, il est impossible de la prêter au législateur. Ajoutez que les articles 762-764 supposent que la filiation d'un enfant incestueux ou adultérin peut être légalement prouvée; or, la reconnaissance volontaire de ces enfants étant impossible, il faut bien qu'il y ait des cas dans lesquels pourtant la preuve en sera établie; et l'un de ces cas est

précisément celui où le mariage aurait été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 42; comp. d'Aguesseau, 34me Plaidoyer, t. III, p. 174; et *Revue historique du Droit français et étranger : de la Paternité du mari*, par M. Amiable, 1862, p. 560).

346. — Il est toutefois une hypothèse, dans laquelle cette solution me paraîtrait fort difficile à admettre; c'est celle de l'article 185-2°, lorsque, malgré la grossesse de la femme pubère, le mariage est annulé pour cause d'impuberté du mari. Il me semble qu'il y a ici tout à la fois un texte spécial et un motif particulier qui ne permettraient plus d'appliquer, après l'annulation, les articles 312 et 319 (*supra*, n° 319).

347. — C'est une question de savoir si l'alliance, que produit le mariage entre l'un des époux et les parents de l'autre, survit au jugement d'annulation. Zachariæ enseigne l'affirmative (t. III, p. 204); et cette solution a l'avantage d'empêcher ensuite des mariages qui pourraient offenser les bonnes mœurs (*supra*, nos 112, 113). — Mais pourtant je ne crois pas pouvoir aller jusque-là : l'alliance est véritablement un effet civil, un effet juridique du mariage lui-même, considéré comme tel; il n'y a que le mariage qui produise l'alliance.... *affinitatis causa fit ex nuptiis;* or, le mariage annulé est réputé n'avoir jamais existé; donc, il n'a pu produire l'alliance. Et je ne pense pas en effet que les diverses prohibitions, que nos lois y attachent, puissent en pareil cas être appliquées (Leroy, *Encyclop. du Droit*, v° *Alliance*, n° 19).

348. — Rappelons, en passant, un effet déjà indiqué du mariage même déclaré nul (*supra*, n° 124); c'est qu'il n'en fait pas moins obstacle à ce que la femme se remarie avant l'expiration de dix mois depuis le jugement d'annulation.

349. — On a élevé la question de savoir si l'époux

pubère, qui a fait prononcer la nullité de son mariage pour cause d'impuberté de son conjoint (art. 144-184), peut être condamné à des dommages-intérêts sur la demande de celui-ci.

Je généralise cette question, et je recherche si en général le jugement qui prononce la nullité d'un mariage, peut devenir une cause de dommages-intérêts.

Si l'un des époux a trompé l'autre et lui a caché l'empêchement qui s'opposait à la validité de leur union, par exemple son précédent mariage, je ne vois pas pourquoi ce dommage si grave ne devrait pas être, autant que possible, réparé par une condamnation à des dommages-intérêts. L'article 1382 serait donc applicable, alors même que l'action en nullité aurait été formée par d'autres que par l'époux de mauvaise foi.

On objecterait en vain que le mariage produit alors les effets civils en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants.

Il les produit pour le passé; mais il n'en est pas moins déclaré nul pour l'avenir; le dommage, pour être diminué par la faveur de la loi, n'en existe donc pas moins toujours; et l'époux de mauvaise foi, lui, n'en est certes pas moins coupable! Que si, au contraire, les deux époux connaissaient l'empêchement, il semble alors qu'il ne peut pas y avoir lieu à des dommages-intérêts, lors même que l'action en nullité est intentée par l'un d'eux contre l'autre; car d'une part, celui qui les réclame, n'allègue aucun dol, et s'est exposé sciemment à la nullité; et d'autre part, l'époux qui demande cette nullité, use d'un droit légitime, et peut-être même remplit un devoir, comme si, par exemple, la nullité provenait de l'inceste ou de la bigamie.

C'est par ces motifs que plusieurs auteurs enseignent également que l'époux pubère ne peut pas être condamné à des dommages-intérêts envers l'époux impubère, pour avoir demandé cette nullité. Il faut même remarquer que

le projet de Code Napoléon (art. 37), après avoir déclaré que *la loi admet la demande en nullité même de la part de celui des époux qui a l'âge requis pour contracter mariage,* ajoutait : *sauf les dommages-intérêts qui peuvent être dus à l'autre époux;* or, cette disposition a été retranchée; donc, on n'a pas voulu paralyser le droit d'agir en nullité, qui était concédé à l'époux pubère, ni le punir d'avoir exercé un droit légitime.... *fecit, sed jure fecit!* (Vazeille, t. I, n° 248; D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, sect. IX, art. 3, n° 14; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 624, note *b*.)

Cette solution me paraîtrait toutefois un peu absolue : l'époux pubère use de son droit en proposant la nullité résultant du défaut d'âge de son conjoint.... Soit! aussi n'est-ce pas dans l'exercice de ce droit que pourra se trouver directement la cause des dommages-intérêts. Mais il me semble que la conduite antérieure de cet époux aura pu être telle, qu'elle doive lui faire encourir des dommages-intérêts, s'il demande ensuite la nullité du mariage. Supposez que l'autre époux et sa famille ne voulaient pas y consentir, et que c'est lui qui, par ses instances et ses promesses, les a déterminés; supposez même que cet homme majeur a séduit une jeune fille, une enfant! ne sera-ce pas une chose véritablement odieuse que de le voir obtenir lui-même le jugement qui prononcera la nullité? — C'est son droit! — A la bonne heure! mais son droit n'était pas de tromper l'autre partie, et de se faire ainsi du mariage même un moyen de dol et de séduction. Si on condamne aux dommages-intérêts celui qui, à l'aide d'une promesse de mariage, a causé du tort à une personne (*supra*, n° 28), pourquoi n'en serait-il pas ainsi de celui qui aurait fait servir la sainteté même du mariage à l'accomplissement de ses coupables projets? Ce serait donc une question de fait à apprécier par les magistrats (Toullier, t. I, n° 624).

350.—Delvincourt enseigne que, si la nullité du mariage est prononcée en première instance, il ne peut être

procédé à un nouveau mariage qu'après l'expiration du délai de l'appel, et que si la nullité est prononcée par un arrêt même contradictoire, il ne peut être également procédé à un nouveau mariage qu'après l'expiration du délai pour se pourvoir en cassation, ou après qu'il a été statué sur le pourvoi (t. I, p. 70, note 8). — Cette solution est assurément très sage; et il est regrettable que la loi ne l'ait pas consacrée de manière à la mettre à l'abri de toute controverse. C'est là, en effet, une exception aux principes généraux en matière d'appel et de pourvoi, exception qui peut-être aurait dû être spécialement écrite; et c'est par ce motif que nous avons pensé (*supra*, n° 169) que ces principes généraux devaient être maintenus, lorsqu'il s'agit d'opposition à mariage. Ne pourrait-on pas néanmoins justifier ici cette exception? je le pense : 1° les articles 264, 265 l'avaient formellement prononcée, en cas de dissolution du mariage par le divorce; or, l'analogie ou plutôt l'identité des deux situations est parfaite; donc, ces textes doivent être en effet appliqués à ces deux situations. 2° On est généralement d'accord pour étendre l'empêchement résultant de l'article 228 même à l'hypothèse d'un mariage déclaré nul; or, cette interprétation extensive est légitimée, dans notre hypothèse, par des considérations non moins impérieuses. Il me semble donc qu'il serait permis de déclarer suspensifs le délai d'appel et le pourvoi.

§ II.

Des effets particuliers du mariage annulé, dans le cas où les époux ou l'un d'eux, étaient de bonne foi.

351. — Régulièrement, le mariage annulé ne produit pas d'effets civils (*supra*, n° 344); mais la loi fait une exception à ce principe, en faveur de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux. C'est le cas du mariage putatif, *matrimonium putativum*, c'est-à-dire du mariage *ré-*

puté valable dans la pensée des parties ou de l'une d'elles, qui ignoraient la cause de nullité.

On ne saurait qu'applaudir à cette exception si morale et si politique! Il faut bien sans doute que la loi annule, que la loi prive des effets civils les mariages contractés au mépris de sa défense absolue. Il le faut, soit afin de punir cette infraction, soit surtout afin d'intimider et de prévenir, par l'exemple, des infractions nouvelles. Il le faut enfin pour que la loi soit loi! Et, pour cela, elle punit jusque dans les enfants la faute de leurs père et mère; ainsi l'exige le grand intérêt de la société, cause et fin de toutes les sanctions pénales. Mais lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté de bonne foi, pour quel motif lui refuserait-on les effets civils? quel serait alors l'intérêt de la société?... de punir les époux? mais ils sont irrépréhensibles ou tout au moins bien excusables! — De prévenir de nouvelles infractions? mais il n'y a rien à prévenir, rien qui puisse être prévenu! car ceux qui sont de bonne foi veulent contracter un mariage valable; la loi n'a pas besoin contre eux d'intimidation ni de menaces; tout cela serait sans but et sans puissance. Que fallait-il donc faire? honorer cette bonne foi et non point la flétrir. Tel est l'intérêt, je ne dis pas seulement des époux et des enfants, mais de la société tout entière, qui doit souhaiter de voir des familles légitimes plutôt que des concubins et des bâtards. C'est une faveur, sans doute, car le droit pur n'y est pas! mais une faveur, je le répète, pleine d'équité, de moralité, de bonne politique; aussi le mariage putatif est-il depuis longtemps reconnu dans notre jurisprudence française.

Article 201 : « Le mariage qui a été déclaré nul, pro-
« duit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des
« époux, qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été con-
« tracté de bonne foi. »

Article 202 : « Si la bonne foi n'existe que de la part
« de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets

« civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du « mariage. »

Dans quels cas et sous quelles conditions y a-t-il mariage putatif ?

Quels en sont les effets ?

Examinons ces deux points.

N° 1. — *Dans quels cas et sous quelles conditions y a-t-il mariage putatif ?*

352. — Hertius a donné du mariage putatif la définition que voici :

« Matrimonium putativum est, quod bona fide, et « solemniter, saltem opinione conjugis unius justa, con- « tractum inter personas jungi vetitas consistit. »

Les auteurs du *Nouveau Denizart* ajoutent qu'il y a ici trois mots essentiels à remarquer : *bona fide*, *solemniter*, *opinione justa ;* et ils en concluent que trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait mariage putatif : 1° bonne foi, 2° solennité dans l'acte, 3° erreur excusable (t. III, v° *Bonne foi des contractants*, § 2, n° 1).

Telle était effectivement autrefois l'opinion générale ; et cette opinion est encore aujourd'hui professée par beaucoup d'autorités imposantes (*voy.* les citations *infra*, nos 354-357).

353. — Il y a certainement une grande justesse dans cette idée ; et il importera toujours, afin d'apprécier la bonne foi, de prendre en sérieuse considération les circonstances qui viennent d'être indiquées.

Mais j'ajoute qu'en ce qui me concerne, je ne considère pas ces trois conditions comme des éléments indispensables de la bonne foi. Je n'accepte pas comme point de droit, comme théorie juridique, cette espèce d'analyse qui ne reconnaîtrait légalement la bonne foi que dans le concours et la simultanéité de ces trois circonstances. Les articles 201, 202 exigent seulement, et comme con-

dition unique, *la bonne foi;* voilà notre texte aujourd'hui ; or, d'une part, ces articles ne déterminent rigoureusement ni les conditions, ni les caractères de cette bonne foi ; d'autre part, la bonne foi pourrait très-bien exister sans la réunion des trois éléments que l'opinion, qui précède, exige toujours : donc, ces trois conditions ne sont pas toujours, en effet, exigées ; donc, c'est là surtout une question de fait et de circonstances abandonnée à la souveraine appréciation des magistrats.

Telle me paraît être la règle ; mais il la faut bien entendre ; et pour cela, je vais successivement parcourir les trois conditions énoncées plus haut.

354. — 1° La solennité de l'acte, c'est-à-dire l'observation de toutes les formalités requises pour la célébration du mariage, est-elle une condition essentielle de la bonne foi ?

Une femme, trompée par un homme déjà marié, l'épouse.... *de bonne foi*, en ce sens qu'elle ignore son premier mariage. Mais on n'a pas fait de publications ; ou bien il n'y a eu que trois témoins ; ou bien même l'officier public était incompétent. Peut-on dire que cette femme soit de bonne foi légalement et dans le sens des articles 201, 202 ?

Non, suivant beaucoup d'auteurs (Merlin, *Rép.*, t. VII, v° *Légitimité*, sect. I, § 1, n° 7 ; Toullier, t. I, n° 657, et t. II, n° 879 ; Proudhon, t. II, p. 3 ; Duranton, t. II, n°s 348-350 ; Vazeille, t. I, n°s 272-274 ; *voy.* même aussi Caen, 19 juin 1819, Danneville, Sirey, 1819, II, 225).

Oui, suivant d'autres ; et c'est ainsi que Marcadé enseigne que le mariage *nul*, c'est-à-dire *inexistant*, peut même produire des effets civils à raison de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux (t. II, art. 202, n°s 1, 2).

Je n'admettrais, pour mon compte, d'une manière absolue, ni l'une ni l'autre de ces solutions.

Et d'abord, est-il exact de dire que, dans tous les cas, et quel que soit le vice de forme dont il s'agira, les ma-

gistrats auront le pouvoir de considérer toute espèce d'union comme un mariage putatif? Vous supposez qu'une jeune orpheline, abusée par un infâme, a cru se marier légitimement devant un greffier de campagne, qui s'est fait le complice de son séducteur; et vous dites que la bonne foi de cette malheureuse donnera les effets civils à son mariage (Marcadé, *loc. sup. cit.;* ajout. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 199.)

A son mariage! mais y a-t-il donc là mariage? non, sans doute; il n'y a qu'une comédie, qu'une parodie cruelle! c'est une séduction détestable sans doute; mais il n'y a pas l'ombre ni l'apparence d'un mariage; or, d'après les textes, c'est le *mariage contracté de bonne foi* qui peut produire les effets civils; donc, il faut qu'il y ait au moins un mariage tel quel, une *célébration* enfin, quelle qu'elle soit; et c'est par ce motif que j'adopterais l'arrêt de la Cour de Bourges qui a décidé que l'union célébrée devant un prêtre, ne pouvait pas être considérée, aux yeux de la loi civile, comme un mariage putatif (17 mars 1830, Saxy, D., 1830, II, 215; *Voy.* pourtant, en sens contraire, Paris, 18 déc. 1837, Ernouf, Dev., 1838, II, 113; et aussi Cass., 11 août 1841, mêmes parties, Dev., 1841, I, 116; Cass., 18 mars 1868, Dev., 1868, I, 205; Lyon, 28 mai 1869, de Noëll, Dev., 1870, II, 14.)

355. — De là faut-il conclure que la distinction entre les mariages *nuls* et les mariages *annulables* doit ici se représenter et produire tous ses effets?

Tel est le sentiment de Zachariæ (t. III, p. 243, 244), qui, en conséquence, déclare les articles 201, 202 inapplicables à toute union qui manquerait des conditions essentielles à l'existence du mariage; non-seulement donc à celle qui aurait été formée devant une personne non revêtue du caractère d'officier de l'état civil, mais encore 1° à l'union contractée avec un mort civilement; 2° à l'union célébrée même par un officier de l'état civil,

si celui-ci avait omis de prononcer la formule prescrite par l'article 75. Pour ce qui concerne en particulier le mort civilement, on ajoute que les articles 201, 202, placés dans le chapitre IV, *des Demandes en nullité*, ne s'appliquent qu'aux mariages annulés pour l'une des causes énoncées dans ce chapitre; or, il n'y est pas question de la mort civile; donc, on ne saurait étendre à cette hypothèse les articles 201, 202, qui forment une exception *strictissimæ interpretationis* (Merlin, *Quest. de droit*, t. IV, v° *Légitimité*, § 5; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 42, 43).

Je ne partage pas non plus cet avis :

Que la distinction entre le mariage *nul* et le mariage *annulable* doive ici se représenter, je le crois! car cette distinction résulte de la force même des choses; mais qu'elle doive ici plus qu'ailleurs se développer rigoureusement avec toutes ses conséquences, c'est ce qui me paraît impossible. Je l'admets donc, lorsqu'il n'y a en effet absolument aucune espèce de *célébration* aux yeux de la loi civile; supposez une personne assez naïve pour croire qu'on peut se marier par un simple acte sous seing privé, et sans plus de façon! Direz-vous qu'il y aurait là un mariage putatif? personne n'irait jusque-là, je pense; donc, il y a nécessairement des cas, où les magistrats ne pourraient pas, lors même que l'époux serait de bonne foi, ne pourraient pas, dis-je, appliquer les articles 201, 202; et ces cas, selon moi, sont ceux dans lesquels il n'y aura eu, légalement parlant, aucune *célébration* de mariage. Mais toutes les fois, au contraire, qu'une *célébration* aura été faite par un officier de l'état civil, je pense que les magistrats pourront appliquer les articles 201, 202 à cette union, quels que soient d'ailleurs les vices de forme qui s'y rencontrent

On n'a pas fait de publications?... Il n'y avait que deux témoins?... etc. — Eh! mon Dieu, tout cela n'a eu probablement pour but que d'induire en erreur l'époux de bonne foi! et si cet époux est une femme, une jeune

fille mineure, serait-il équitable et rationnel de considérer comme exclusives de sa bonne foi les manœuvres mêmes qui ont été employées pour le tromper plus sûrement; ajoutez que, dans ce cas, il s'agit d'un vice de forme qui n'empêche pas même la validité du mariage.

Mais l'officier de l'état civil était incompétent?... la célébration a été clandestine? Voilà, pour cette fois, des causes de nullité! — Pas toujours; car nous savons quel est, à cet égard, le pouvoir discrétionnaire des magistrats (art. 193; *supra*, n° 294). Mais lors même que le mariage serait *annulable*, mon opinion resterait encore la même. Les articles 201, 202 n'exigent pas que le mariage soit valable nécessairement sous le rapport de la forme; au contraire, c'est au mariage déclaré nul qu'ils s'appliquent.... *déclaré nul,* par quelque motif que ce soit. Et ici notez bien encore que cette incompétence, que cette clandestinité surtout seront autant de moyens employés pour abuser le conjoint de bonne foi (comp. Demante, t. I, n° 283 *bis;* Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 350.

356. — Mais l'un des conjoints était *mort civilement?* voilà, certes, une nullité qui était radicale; le mariage était *nul;* il n'y avait pas de mariage!

J'ai déjà répondu qu'il s'en faut beaucoup que notre Code ait adopté, de tous points, la distinction entre la *nullité* et l'*annulabilité* (*supra*, n° 242); je vais ici plus loin, et j'ajoute qu'il n'y avait même pas lieu de l'admettre dans notre hypothèse. De quoi donc s'agit-il? de venir au secours de la bonne foi et de l'infortune d'un époux trompé; or, cette bonne foi pouvait très-bien exister de la part du conjoint d'un mort civilement; donc, les motifs essentiels de la loi étaient ici tout à fait applicables. Aussi, l'ancien droit n'hésitait-il pas sur ce point (*voy.* notre tome I, n° 207); et tout annonce que les auteurs du Code Napoléon n'avaient pas entendu y déroger (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 369, 370).

Je ne suis pas touché de l'argument qui consiste à dire que les articles 201, 202, ne concernent que les causes de nullités dont il est question dans le chapitre IV; car, dans ce chapitre, la loi traite aussi de la preuve de la célébration du mariage (art. 194-200), et cela, même avant de s'occuper du mariage putatif (art. 201, 202). Cette opinion, en prêtant au législateur une méthode rigoureuse, qui n'est pas toujours la sienne, arrive ainsi à des conclusions certainement contraires à sa volonté (Cass., 15 janv. 1816, d'Orsay C. Duval, Sirey, 1816, I, 81; Cass., 16 juin 1829, Coty de Brecourt C. Nollent, D., 1829, I, 272; Limoges, 25 août 1841; Gauthier, 5 janv. 1842, de Tourdonnet, Dev., 1842, II, 484; Fœlix, *Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 486 et 490; Toullier, t. I, n° 284; Duranton, t. II, n°s 134-136).

C'est par ces motifs que je ne l'admets pas non plus, lorsqu'elle déclare les articles 201, 202, inapplicables à l'union, pour laquelle l'officier public n'aurait pas prononcé la formule prescrite par l'article 75. Philosophiquement, sans doute, le mariage est *nul!* mais, encore une fois, cette rigueur philosophique n'a pas toujours été suivie par notre Code, et je m'applaudis beaucoup de pouvoir dire qu'il ne l'a pas suivie, surtout dans notre hypothèse, qui soulève une question de bonne foi, c'est-à-dire de fait et d'équité, bien plus assurément que de droit strict.

357. — 2° La bonne foi des époux ne peut-elle résulter que d'une erreur de fait, ou, au contraire, l'erreur de droit est-elle également admissible?

Un oncle a épousé sa nièce; un beau-frère a épousé sa belle-sœur, connaissant bien *en fait* l'existence du lien de parenté ou d'alliance, mais ignorant *en droit* l'empêchement qu'il produisait; aucune dispense n'a donc été demandée (art. 164).

De tels mariages produiront-ils les effets civils?

Pour la négative, on invoque tout d'abord la maxime que nul n'est censé ignorer la loi. Une telle erreur n'est pas excusable; car on avait moyen de s'en garantir en s'informant, en consultant (L. 9, § 3, ff. *de Jur. et fact. ign.*). Comment d'ailleurs la prouver? Enfin on ne pourrait pas l'admettre sans énerver profondément l'autorité des lois. Eh! d'ailleurs, à ce compte, tout mariage annulé produirait toujours les effets civils; car on ne fait pas de nullités à dessein, sans doute! et ce n'est jamais, sciemment et de gaieté de cœur, que les deux parties à la fois contractent un mariage entaché de nullité. On invoquerait en vain les lois romaines, 57, § 1, ff. *de Ritu nuptiarum*, et 4, Cod., *de Incectis et inutilibus nuptiis*. D'abord, il n'est pas du tout prouvé qu'en droit romain, la bonne foi des époux procurât toujours et nécessairement aux enfants le bénéfice de la légitimité; son seul effet paraît avoir été de soustraire à la confiscation les libéralités que les époux s'étaient faites. Et si la loi 57 précitée considère comme légitimes les enfants nés du mariage d'un oncle et de sa nièce, *ignara juris*, c'est là une décision spéciale, un *rescrit*, inspiré par les circonstances particulières du fait, « temporis diuturnitate, quo in ma- « trimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua col- « locata es, et numero liberorum vestrorum.... » (Colmar, 14 juin 1838, Hetzel C. Brua, Dev., 1838, II, 345; Poitiers, 7 janv. 1845, de Magnard C. Chopin, Dev., 1845, II, 215; Delvincourt, t. I, p. 71, note 3; Toullier, t. I, n° 658; Proudhon, t. II, p. 3, 4; Duranton, t. II, n° 351; Vazeille, t. I, n° 272; Allemand, t. I, n° 607).

J'adopterai pourtant l'avis contraire :

1° Les art. 201, 202 sont conçus en termes généraux, et n'exigent que la bonne foi; or, la bonne foi peut résulter d'une ignorance de droit aussi bien que d'une ignorance de fait; donc, les articles 201, 202 sont également applicables à l'une et à l'autre. Mais il y a plus!

ces articles sont placés dans le chapitre même qui traite des causes de nullité pour vices de droit (art. 182-191); et par conséquent, dans la pensée de la loi, ils s'appliquent à tout mariage annulé même par suite de l'un de ces vices, et en vertu des autres articles qui précèdent. Voilà pour les textes!

2° En principe d'ailleurs et en raison, pourquoi distinguer? — Nul n'est censé ignorer la loi! — Mais c'est là une maxime qui, dans l'ordre privé, n'a rien d'absolu, et que nul texte n'a effectivement érigée en une présomption irréfragable (*voy.* notre tome I, nos 23 et 29). Une telle présomption serait par trop dépourvue de tout esprit d'observation et d'expérience. Il n'est que trop vrai que l'ignorance du droit est très-fréquente, et il faut bien le dire, très-souvent aussi involontaire et irrépréhensible.

Il fallait s'informer! il fallait consulter!

Mais on ne s'informe et on ne consulte que lorsqu'on doute; or, nous supposons la confiance et la bonne foi des parties. Cette objection s'adresserait d'ailleurs à l'erreur de fait tout autant qu'à l'erreur de droit. Et quant à l'argument tiré des dangers de cette doctrine, qui ébranlerait, dit-on, l'autorité des lois, j'ai déjà répondu (*supra*, n° 351); toutes les peines que vous prononceriez contre ces sortes de mariages, seraient inutiles et injustes : *inutiles*, parce qu'elles ne préviendraient et n'empêcheraient rien; *injustes*, parce qu'elles frapperaient une bonne foi, digne, au contraire, d'indulgence. La vérité est que l'erreur de droit dans les matières civiles dégénère, pour ainsi-dire, très-souvent en une sorte d'erreur de fait, et que la distinction, sous ce rapport, n'est pas même toujours facile à faire (Paris, 18 déc. 1837, Ernouf C. Schuckhardt, Dev., 1838, II, 113; Cass., 11 août 1841, mêmes parties, Dev., 1841, I, 616; Limoges, 1re espèce, 25 août 1841, Gauthier; 2e espèce, 5 janv. 1842, de Tourdonnet, Dev., 1842, II, 484, 485; Metz, 7 fév. 1854, Delorme, Dev., 1854, II, 659; Aix, 11 mars 1858,

Meynier, Dev., 1859, II, 17; Paris, 9 fév. 1860, Gandais, *J. du P.*, 1860, p. 359; et D., 1860, I, 731, *Observations*; Tribun. civ. de Vienne, 28 déc. 1865, Cony, Dev. 1866, II, 201; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 45; Massé et Vergé, t. I, p. 200; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 349; Demante, t. I, n° 283 *bis*, III; Ernest Pochonnet, *sur l'erreur de Droit*, *Revue crit. de jurisprudence*, 1856, p. 201 et suiv.; Cabantous, *Observations* sur l'arrêt du 11 mars 1858, J. du P., 1858, p. 1083; *voy.* aussi Merlin, *Quest. de droit*, t. IV, v° *Légitimité*, § 5).

358. — 3° Faut-il enfin que l'erreur soit excusable, *justa opinio, probabilis error?*

La réponse me paraît simple : il faut, mais il suffit qu'il y ait *bonne foi* (art. 201, 202). Je ne pense donc pas qu'on puisse, en droit, exiger comme une condition de rigueur que cette bonne foi soit excusable. En fait, sans doute, les magistrats chargés d'apprécier la bonne foi, auront égard aux différentes circonstances qui pourront expliquer et excuser l'ignorance des futurs époux ou de l'un d'eux; mais finalement l'unique question sera toujours de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas bonne foi; or, c'est là surtout une question de fait. La condition des parties, leur sexe et leur âge, la cause de la nullité, etc., tels sont les principaux faits qui devront être pris en considération; il sera naturel, par exemple, de reconnaître la bonne foi plus facilement dans la jeune fille mineure, qui s'est mariée sous l'autorité de ses parents, que dans l'homme mûr; plus facilement pour une erreur de fait que pour une erreur de droit.

359. — Je pense qu'il y aura, entre ces deux sortes d'erreur, une autre différence encore.

On reconnaît généralement que c'est la bonne foi qui est présumée. Ne pourrait-on pas néanmoins raisonner ainsi : le mariage déclaré nul, ne peut pas produire d'effets civils; telle est la règle; or, les articles 201, 202, y

établissent une véritable exception ; donc, c'est à la partie, qui l'invoque, à justifier qu'elle se trouve dans les conditions exigées à cet effet par la loi.

Quoique cette objection ne manque pas de quelque gravité, l'opinion commune me paraît aussi préférable :

« Error potiusquam dolus præsumitur in eo, qui palam « male fecit, » disait à ce propos le président Favre (Cod., liv. IV, tit. v, déf. 2).

Personne en effet ne saurait être présumé avoir voulu violer la loi ; et, en règle générale, la mauvaise foi doit être prouvée par celui qui l'allègue (arg. des articles 1116 et 2268 ; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Légitimité*, sect. I, § 1, n° 8 ; Delvincourt, t. I, p. 71, note 5).

J'admets, dis-je, aussi ce principe, en remarquant toutefois qu'il ne faudrait pas l'appliquer d'une manière trop absolue, et que tout en imposant d'abord au demandeur en nullité l'obligation de prouver la mauvaise foi des époux, il convient aussi que les époux eux-mêmes éclairent la religion des magistrats, et établissent, du moins en se défendant, leur bonne foi. Je crois même que c'est à eux qu'incombe principalement le devoir de prouver leur bonne foi, lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit ; car nul n'est censé ignorer la loi ; et la preuve contraire, mise directement à la charge de la partie adverse, serait, en ce cas, presque toujours sinon impossible, du moins fort difficile à faire (Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 45 ; Massé et Vergé, t. I, p. 200 ; Paul Gilbert, *Observations* sur l'arrêt de la Cour d'Aix, du 11 mars 1858, Dev., 1859, II, 17, 18).

360. — A quel moment la bonne foi doit-elle exister? — Suffit-il qu'au moment de la célébration du mariage les époux ou l'un d'eux aient ignoré l'empêchement, pour que le mariage produise ensuite les effets civils, tant qu'il n'aura pas été déclaré nul ? — Ou, au contraire, les effets civils doivent-ils cesser toujours en même temps que la bonne foi, si dès avant le jugement et même avant

la demande, les époux ont connu la nullité de leur union?

Delvincourt (t. I, p. 71, note 5), Toullier (t. I, nº 656) et MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing (t. I, nº 349) professent que les effets civils ne durent qu'autant que dure la bonne foi; ou du moins ces auteurs distinguent entre les différentes causes de nullité dont le mariage peut être entaché : s'agit-il de nullités susceptibles d'être repoussées par une fin de non-recevoir, comme le défaut d'âge, ou le défaut de publicité de la célébration, etc., les époux peuvent rester unis; et les enfants qui seront conçus après la cessation de la bonne foi, n'en seront pas moins légitimes. Mais les époux, au contraire, doivent immédiatement se séparer, dès qu'ils découvrent une nullité comme la bigamie ou l'inceste; et les enfants, conçus depuis ce moment, ne seront plus légitimes. Pourtant Toullier, même dans le cas de bigamie, paraît exiger que le premier mariage soit *encore existant*.

Toutes ces distinctions ne prouvent-elles point déjà que ce système est arbitraire? et il me paraît en effet repoussé par le texte et par les principes.

Ecoutez l'article 202 :

« Le mariage *qui a été déclaré nul*, produit néanmoins « les effets civils, lorsqu'*il a été contracté de bonne foi;* » donc, il suffit que le mariage *ait été contracté de bonne foi*, pour que les effets civils soient acquis et assurés à ce mariage jusqu'*à ce qu'il ait été déclaré nul*. Le point de départ est la célébration; le terme est le jugement qui déclare la nullité. Voilà le texte même! voilà la seule condition sous laquelle la loi déclare légitime tout enfant, qui, ensuite à quelque époque que ce soit, naîtra de ce mariage non encore déclaré nul. C'est qu'en effet le mariage, comme nous le savons, existe tant que la nullité n'en a pas été judiciairement prononcée; c'est que ce jugement est la seule preuve légale, la seule preuve certaine tout à la fois et de la nullité et désormais de la mauvaise

foi des époux! c'est qu'enfin il y aurait eu trop de danger à admettre la preuve que les époux ont connu la nullité à une époque quelconque; et cela, pour arriver à ce triste résultat de faire deux ou même trois catégories parmi les enfants également conçus pendant l'existence légale du mariage : les uns légitimes, les autres incestueux ou adultérins, ceux-là simplement naturels! sans doute, les causes de nullité peuvent être fort différentes; et, suivant les cas, les époux seront ou très-excusables, ou très-coupables, de continuer à vivre ensemble. Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon n'a fait, à cet égard, aucune distinction, et peut-être a-t-il été sage! car il aurait fallu faire aussi, pour être juste, bien des sous-distinctions. La règle logique et salutaire, malgré quelques inconvénients, est donc que le mariage, une fois contracté de bonne foi, existe avec tous ses effets civils, tant qu'il n'a pas été déclaré nul (Proudhon, t. II, p. 6, 7; Duranton, t. II, n° 363; Vazeille, t. I, n° 283; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 44 et 47; Massé et Vergé, t. I, p. 200; Demante, t. I, n° 283 *bis*, III et V; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*; Duvergier sur Toullier, t. 1, n° 656, note 1).

N° 2. — *Quels sont les effets du mariage putatif?*

361. — Le principe général, à cet égard, est que le mariage doit être pour ainsi dire, considéré comme dissous plutôt que comme annulé. C'est sous l'influence de cette règle principale, que nous examinerons ses effets civils :

1° A l'égard des enfants;
2° A l'égard des époux;
3° A l'égard des tiers.

Ces trois sortes de rapports se correspondent intimement sans doute; et il est impossible de s'occuper des effets du mariage à l'égard des enfants, sans s'occuper aussi de ses effets à l'égard des époux ou des tiers, et ré-

ciproquement. Mais cette division me paraît toutefois utile pour la plus grande clarté de l'exposition.

362. — 1° Dans l'intérêt des enfants, le mariage putatif produit tous les effets d'un légitime mariage, non seulement à l'égard de l'époux de bonne foi, mais même à l'égard de l'époux de mauvaise foi.

Est-ce, comme le disait l'avocat général d'Ormesson, « parce que la légitimité est un état absolu qui ne peut être scindé, et qu'on ne connaît pas de demi-légitimité, de demi-capacité de succéder? » (*Nouv. Deniz.*, t. III, p. 624, v° *Bonne foi*, § 4.) Tel est, en effet, le motif qu'on en donne encore aujourd'hui (Portalis, Locré, *Législ. civ.*, t, IV, p. 518; Duranton, t. II, n°s 363-365).

Mais nous reconnaîtrons plus tard que ce motif ne serait pas infaillible; le mieux donc serait de dire que la loi a voulu traiter les enfants avec le plus de faveur possible, et le texte de nos articles me paraît à cet égard fort explicite.

Les enfants peuvent donc porter le nom de leur père et ses titres et *ses armes*, comme disaient nos anciens auteurs, lors même que l'auteur serait l'époux de mauvaise foi.

Ils peuvent également succéder à l'un et à l'autre époux, comme aussi aux parents de l'un et de l'autre, de la même manière que ces parents leur succéderont aussi; car ces enfants sont légitimes; car ils sont membres de la famille de leur père et de leur mère; et il n'est pas douteux qu'ils n'en auraient pas moins, dans toutes ces successions, les mêmes droits, s'ils se trouvaient en concours avec des enfants que leur père ou leur mère aurait eus d'un autre mariage véritablement légitime (art. 745; comp. Cass., 15 janv. 1816, Sirey, 1816, I, 81).

Ils pourraient, en conséquence, aussi intenter l'action en réduction contre les libertés excessives que leurs auteurs auraient faites, à quelque époque que ce fût (art. 914, 915, 921).

363. — Appliquerait-on, toutefois, les mêmes principes dans le cas où l'époux de mauvaise foi serait mort civilement? c'est là une question qui ne pouvait être résolue qu'à l'aide des textes et des principes qui régissent la mort civile. Je ne puis donc que me référer à ce que j'ai déjà dit (t. I, n° 207).

364. — Le mariage putatif a-t-il pour effet de légitimer les enfants que les époux auraient eus d'un commerce antérieur à la célébration de ce mariage? (Art. 331-333.)

Question importante, que les plus éminents jurisconsultes s'accordaient autrefois à résoudre négativement (Pothier, *du Contrat de mar.*, n[os] 416 et 441 ; *des Successions*, chap. I, sect. II, quest. 2; *Nouveau Denizart*, t. III, v° *Bonne foi*, § 2, n° 3).

Cette solution, défendue encore aujourd'hui par quelques auteurs, ne me paraît pourtant pas, de tous points, exacte; et je pense qu'il convient, à cet égard, de distinguer deux hypothèses :

A. Ou les enfants, nés d'un commerce antérieur, sont incestueux ou adultérins ;

B. Ou ils sont enfants simplement naturels.

365. — A. Un homme marié a eu des enfants d'une fille qui le croyait célibataire.

Ou deux individus parents au degré prohibé pour le mariage, mais ignorant la parenté qui les unissait, ont eu ensemble des enfants.

Ensuite ils se marient, l'empêchement et la bonne foi subsistant toujours; leurs enfants, nés antérieurement, seront-ils légitimes?

Pour l'affirmative, on pourrait, même dans ce cas, raisonner ainsi : le mariage putatif produit les mêmes effets qu'un mariage valable; et il est certain, par exemple, que les enfants, qui vont naître de ce mariage entre ces deux personnes, seront légitimes, quoiqu'ils soient, en fait, adultérins ou incestueux ; or, la légitimation est un

des effets civils du mariage ; donc, les enfants nés antérieurement doivent être *légitimés*, par le même motif qui fait que les enfants nés postérieurement sont *légitimes*.

Je ne crois pas toutefois qu'il en soit ainsi ; et pour cette première hypothèse, j'adopte complétement la solution de notre ancienne jurisprudence : le mariage putatif, dites-vous, produit tous les effets d'un véritable mariage. — D'accord ! et telle est aussi ma prémisse ; or, le mariage, même valable, ne peut pas légitimer un enfant adultérin ou incestueux (art. 331-335) ; donc le mariage putatif ne saurait produire plus d'effet que le mariage valable. La fiction ne peut pas avoir plus de force que la vérité. Supposez qu'au moment où les père et mère de ces enfants ont contracté mariage, l'empêchement eût cessé ! l'homme marié est devenu veuf, et une dispense a levé l'empêchement résultant de la parenté ; leur mariage va donc être valable. Légitimera-t-il leurs enfants ? non, sans doute (art. 331) ; comment donc serait-il possible qu'un simple mariage putatif produisît cet effet ! — Mais pourtant les enfants qui vont naître de ce mariage putatif, seront légitimes ? — oui, mais ils n'auront jamais été incestueux ni adultérins. Il n'y aura point eu en eux cette tache indélébile, que la légitimation ne peut jamais couvrir ! Ici j'entends très-bien qu'on dise qu'il n'y a pas de bonne foi dans un commerce illicite, et j'invoque moi-même la maxime : « danti operam rei « illicitæ omnia imputantur quæ sequuntur etiam præ« ter voluntatem ejus.... » Les enfants nés antérieurement, sont le fruit d'un inceste ou d'un adultère ; et la bonne foi, dans un tel désordre, n'est pas une excuse. Au contraire, les enfants nés postérieurement, sont le fruit du mariage ! et la bonne foi, dans le mariage, peut effacer le vice d'inceste ou d'adultère. La différence est donc aussi logique que morale !

366. — B. Mais, au contraire, un homme et une femme, libres tous les deux, et alors capables de se ma-

rier ensemble, ont eu un enfant; l'homme se marie ensuite à une autre femme; puis, avant la dissolution de ce mariage, il revient et épouse la femme dont il a eu d'abord un enfant, cette femme étant de bonne foi, et le croyant toujours libre. Ce mariage putatif légitimera-t-il l'enfant né de leur commerce antérieur?

Non, a-t-on répondu : 1° aux termes de l'article 202, le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en faveur des *enfants issus du mariage;* or, cet enfant n'en est pas issu; donc, la faveur du mariage ne s'étend pas sur lui; 2° il n'y a pas de bonne foi dans un commerce illicite; et cet enfant est né d'une faute, que la loi n'a pas dû vouloir récompenser (Merlin, *Rép.*, t. VI, v° *Légit.* sect. II, § 2, n° 4; Toullier, t. I, n° 657; Proudhon, t. II, p. 170, 1re quest.; Vazeille, t. 1, n° 275; Richefort, *de l'Etat des familles*, t. III, n° 197; Taulier, t. I, p. 321).

Je pense très-fermement, pour mon compte, que la légitimation aura lieu; les textes, les principes et l'équité me paraissent solliciter également cette solution.

1° Les textes : Aux termes de l'article 201, le mariage contracté de bonne foi produit les effets civils à *l'égard des enfants,..;* » or, la loi ne distingue pas entre les enfants nés avant et les enfants nés depuis la célébration du mariage; donc, tous les enfants, qui auraient pu invoquer le mariage, s'il eût été valable, peuvent invoquer le mariage putatif. — On oppose l'article 202! — Je ne répondrai pas que l'enfant légitimé, ayant les mêmes droits que s'il était né de ce mariage (art. 333), l'enfant né antérieurement peut ainsi, à l'aide de l'article 333, se placer dans les termes de l'article 202. Je conviens que cet argument, qui a été proposé par les partisans de l'opinion que j'essaye de défendre, je conviens qu'il résout la question par la question même, et qu'il argumente des effets de la légitimation, lorsque précisément la cause est contestée, et qu'il s'agit de savoir si la légitimation est possible! Mais je dirai que la disposition principale

et essentielle, qui règle les effets du mariage putatif, est dans l'article 201 ; que l'article 202 a un but spécial, qu'il est dirigé contre l'époux de mauvaise foi, non point contre les enfants, et que rien n'autorise à dire que les termes de l'article 202 aient été employés dans un sens restrictif. La loi n'a eu en vue, dans ce dernier article, que l'hypothèse la plus ordinaire ; mais l'article 201 n'en demeure pas moins toujours avec sa généralité absolue. L'article 198 déclare aussi que lorsque la preuve de la célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'*à l'égard des enfants issus de ce mariage;* or, je ne pense pas que personne voulût soutenir que le mariage, ainsi prouvé, n'aurait pas légitimé les enfants nés antérieurement des deux époux; et pourtant ces expressions des articles 198 et 202 sont littéralement identiques ; donc, elles ne sauraient avoir, dans l'article 202, une portée et une intention qu'elles n'ont pas dans l'article 198.

2° Les principes exigent, en effet, qu'il en soit ainsi ; et le syllogisme, que je faisais tout à l'heure, se représente encore ici, mais, pour cette fois, inexpugnable : le mariage putatif produit les effets civils d'un mariage valable ; or, un mariage valable légitime les enfants nés du commerce antérieur des époux; donc, le mariage putatif doit les légitimer. Ne dites pas que je mets en principe ce qui est en question, et que la question est de savoir si le mariage putatif doit être assimilé, en ce qui concerne l'effet particulier dont il s'agit, à un mariage valable ! — Je réponds que vous ne pouvez pas le méconnaître, sans accuser la loi de contradiction et d'inconséquence, sans diminuer arbitrairement la faveur qu'elle accorde à ce mariage. Quelle est donc la pensée de la loi? quelle est sa volonté? c'est que la bonne foi des époux ou de l'un d'eux supplée, dans l'intérêt des enfants, à la validité

du mariage; c'est que ce mariage enfin, quoique déclaré nul, soit *réputé* valable! c'est qu'il soit traité comme tel! or, encore un coup, s'il était effectivement valable, il légitimerait l'enfant. Ne lui donnons pas plus d'effet qu'au mariage valable; cela est très-juste. Mais les effets, mais tous les effets que le mariage valable produirait, il faut que le mariage putatif les produise! car il est *réputé* valable.

On objecte qu'il n'y a pas de bonne foi dans un commerce illicite!

Qu'est-ce à dire? et qu'importe? A quel moment est exigée la bonne foi pour que le mariage putatif produise tous les effets civils qu'un vrai mariage produirait? c'est au moment *où il est contracté* (art. 201). Voilà la seule condition requise. Est-ce que vous croyez qu'il y a plus de bonne foi dans le commerce illicite de deux personnes qui, après avoir eu un enfant naturel, contractent ensemble un mariage valable? Leur commerce antérieur était illicite apparemment, ni plus ni moins, que s'ils n'avaient ensuite contracté qu'un mariage putatif; or, je demande pourquoi leur enfant serait légitimé par un mariage valable, et non légitimé par un mariage putatif! Leur opposerez-vous leur faute, leur débauche antérieure? elle était la même dans les deux cas. — Direz-vous que, dans l'un des cas, le mariage postérieur est valable, et que dans l'autre, le mariage n'est que putatif? mais le mariage putatif équivaut au mariage valable; c'est l'argument qui revient toujours, et qui me paraît, je l'avoue, péremptoire et tranchant. Eh! mon Dieu, ce mariage putatif n'aura peut-être eu lieu que précisément pour légitimer des enfants que les époux auraient eus de leur commerce antérieur! ce serait donc tromper leur vœu le plus cher, et, en réalité, refuser à ce mariage putatif les effets les plus importants, que de ne pas déclarer les enfants légitimés. Aussi je n'hésite pas à penser qu'ils le seraient; et ce qui peut affaiblir beaucoup les autorités

qu'on emprunte à l'ancien droit, comme l'arrêt Maillard du 15 mars 1674, et l'arrêt Tiberio Fiorelli du 4 juin 1797, c'est qu'ils ont été rendus dans des causes où il s'agissait d'enfants adultérins, c'est-à-dire d'enfants incapables d'être légitimés par un mariage même valable (Comp. Chambéry, 15 juin 1869, Fernex, Dev., 1870, II, 214.) Delvincourt, t. I, p. 71, note 5; Duranton, t. II, n° 356; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 46; Massé et Vergé, t. I, p. 201; Marcadé, art. 202, n° 2; Valette sur Proudhon, t. II, p. 171; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 657, note *a;* Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 476; Demante, t. I, n° 283 *bis,* VII).

367. — 2° Lorsque les époux sont tous deux de bonne foi, le mariage produit également, en ce qui les concerne, tous les effets civils, soit dans leurs rapports avec leurs enfants, soit dans leurs rapports réciproques.

Donc, la puissance paternelle, avec ses attributs ordinaires sur la personne (art. 375-382) et sur les biens des enfants (art. 384-387), appartient au père d'abord, et, après lui, à la mère (art. 371-373), qui peuvent aussi, en cas de prédécès des enfants, leur succéder (art. 746-749).

Donc, les conventions matrimoniales des époux et les donations qu'ils ont pu se faire par le contrat de mariage, reçoivent leur entière exécution. La communauté, par exemple, se liquide et se partage comme si le jugement, au lieu d'annuler le mariage, l'avait seulement dissous (Pothier, *de la Communauté*, n°s 17 et 20); et les droits respectifs des parties doivent être déterminés comme si, en effet, la communauté elle-même s'était dissoute à partir de ce jugement.

368.—Il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'article 1445, d'après lequel le jugement, qui prononce la séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Cet article ne régit que le cas, où la dissolution de la communauté est elle-même l'objet direct et

principal d'une demande fondée sur le désordre des affaires du mari ; et je me réserve d'expliquer plus tard que ni le texte ni les motifs ne permettent d'étendre la même solution au cas où la dissolution de la communauté n'est que la conséquence accessoire et tacite d'un autre fait, c'est-à-dire de la séparation de corps ou de la dissolution du mariage. Nous verrons que régulièrement, dans ce dernier cas, la communauté, au contraire ne se dissout qu'à partir du moment où se réalise la cause principale d'où dérive cette dissolution ; or, dans notre espèce, c'est le mariage lui-même qui a été l'objet principal et direct de la demande en nullité, et la dissolution de la communauté n'en résulte que par voie de conséquence; donc, l'effet ne saurait précéder la cause, ni l'accessoire naître avant le principal. Aussi bien, le motif particulier de l'article 1445 ne se rencontrera-t-il pas ici le plus ordinairement, surtout lorsque la demande en nullité sera formée, non point par l'un des époux contre l'autre, mais par un tiers. Bien différente d'ailleurs de la demande en séparation de biens, la demande en nullité ne suppose pas le désordre des affaires du mari, et n'appelle pas nécessairement des mesures et des garanties spéciales (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 47; Massé et Vergé, t. I, p. 200; Marcadé, t. II, art. 202, n° 4).

369. — Au reste, il est bien entendu que les donations que les époux ont pu se faire réciproquement, ou qui leur auraient été faites par des tiers, ne se réaliseront qu'aux mêmes époques et sous les mêmes conditions que si le mariage eût été valable (art. 1093, 1517 ; Toullier, t. I, n° 661 ; Proudhon, t. II, p. 4 ; Vazeille, t. I, n° 284 ; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

370.—Mais les époux conserveront-ils le droit de successibilité réciproque, établi par l'article 767 au profit du survivant?

Pour l'affirmative, on pourrait dire que cette vocation

héréditaire est aussi un des effets civils du mariage légitime, et que dès lors le mariage putatif doit également la produire. Les époux de bonne foi conservent leur droit éventuel à une institution contractuelle (art. 1082-1093); pourquoi en serait-il autrement de la succession *ab intestat?*

La différence me paraît très-grande! et je pense, en effet, que le texte et les principes résistent à cette solution : d'après l'article 767, « lorsque le défunt ne « laisse ni parents au degré successible, ni enfants na- « turels, les biens de sa succession appartiennent au « conjoint non divorcé, qui lui survit,... » c'est-à-dire au conjoint, qui est encore tel au moment de l'ouverture de la succession; or, lorsque le mariage putatif a été déclaré nul avant le décès de l'un des époux, le lien est désormais rompu, et il n'y a plus d'époux; donc, le titre même de la vocation manque ensuite complétement, lorsque la succession vient à s'ouvrir. On oppose en vain l'exemple des gains de survie et de l'institution contractuelle; car il n'y a rien de *contractuel*, au contraire, dans la vocation purement légale dont il s'agit! c'est une dévolution de biens dont la loi est maîtresse, et qui n'a été, de la part des époux, l'objet d'aucune stipulation ni expresse ni tacite. La loi peut les déférer comme elle le juge convenable; or, il résulte de son texte qu'elle ne les défère à l'époux qu'autant qu'il est encore et actuellement époux au moment du décès. Aussi, voyez-vous que le conjoint lui-même, sur la demande duquel le divorce aurait été prononcé, n'en est pas moins privé de ce droit! et certes, pourtant il n'était pas moins digne d'intérêt que celui dont le mariage a été précédemment déclaré nul, lors même qu'il s'agirait de l'époux de bonne foi réclamant la succession de l'époux de mauvaise foi (Duranton, t. II, n° 369; Vazeille, t. I, n° 284; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 47; Demante, t. I, n° 283 *bis*, VIII).

371.—Lorsque l'un des époux seulement est de bonne foi, le mariage ne produit les effets civils qu'en sa faveur, et l'époux de mauvaise foi n'est pas recevable à s'en prévaloir. Cette situation difficile, d'un mariage tout à la fois nul et valable, peut engendrer beaucoup d'embarras et de complications.

372. — A l'égard des enfants, la puissance paternelle, soit sur leurs personnes, soit sur leurs biens, doit alors appartenir exclusivement à l'époux de bonne foi, quel qu'il soit, à la mère donc, à l'exclusion du père, si c'est elle qui est de bonne foi. N'opposez pas les articles 373 et 384, qui n'accordent ce pouvoir à la mère qu'*après la dissolution du mariage;* car le mariage est dissous!

Pareillement l'époux de mauvaise foi ne succédera pas à ses enfants, quoique ceux-ci puissent lui succéder. C'est une exception à la réciprocité ordinaire du droit de successibilité.

Mais rien ne s'oppose à ce que les parents mêmes de l'époux de mauvaise foi succèdent aux enfants, puisque nous avons vu que les enfants leur succèdent (*supra,* n° 362). Il ne fallait, avant la loi du 31 mai 1854, en excepter que le cas de mort civile (*supra,* n° 363).

373. — L'époux de bonne foi peut seul aussi, dans ses rapports avec son conjoint de mauvaise foi, invoquer les effets civils du mariage; et il peut dès lors ne pas les invoquer, si tel est son intérêt. Ainsi, quant aux conventions matrimoniales, il sera libre de demander à son gré, soit l'exécution des dispositions du contrat de mariage, communauté légale ou conventionnelle, ou tout autre régime, soit le partage des biens mis en commun, d'après les règles ordinaires de la société ou de la simple communauté.

374. — Si c'est la femme qui est de mauvaise foi, aura-t-elle néanmoins toujours la faculté, vis-à-vis de son

mari de bonne foi, de renoncer à cette communauté ou à cette société?

On pourrait peut-être bien le lui contester; car cette faculté de renonciation, exorbitante du droit commun, est un effet civil du mariage.

Pourtant, Zachariæ et ses savants annotateurs (t. IV, p. 48) le lui accordent; et la vérité est que la faculté de renoncer paraît être, dans tous les cas, la conséquence nécessaire des pouvoirs exclusifs et illimités que le mari aura exercés sur les biens communs (art. 1453; Duranton, t. II, n° 571).

375. — Au reste, quel que soit le parti que prenne l'époux de bonne foi, il ne saurait diviser son option; demande-t-il, par exemple, l'exécution du contrat de mariage, qui stipulait une communauté conventionnelle? il faut le prendre tout entier, et en exécuter toutes les stipulations. Ainsi le veulent la logique et l'équité (Toullier, t. I, n° 663, Duranton, t. II, n[os] 371, 372; Zachariæ, t. III, p. 248).

376. — Je pense, toutefois, que cette règle de réciprocité, ou plutôt de corrélation et d'indivisibilité, ne serait pas applicable aux donations mutuelles que les époux se seraient faites. Les différentes clauses d'un contrat sont véritablement la cause et les conditions les unes des autres; il y a là un caractère tout commutatif, c'est le *do ut des*. Au contraire, la bienfaisance est la cause prédominante de toute libéralité; cette cause suffit pour la maintenir, alors même qu'une autre libéralité stipulée réciproque ne serait pas accomplie. Les articles 299 et 300 me paraîtraient donc ici applicables (Toullier, t. I, n° 662; Proudhon, t. II, p. 5; Duranton, t. II, n° 370; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 48; Massé et Vergé, t. I, p. 200; Vazeille, t. I, n° 284; Demante, t. I, n° 283 *bis*, X).

377. — Les difficultés de cette hypothèse peuvent devenir beaucoup plus compliquées, lorsque la cause de la

nullité du mariage putatif provient d'un précédent mariage encore existant.

Dans ce cas, plusieurs époux également légitimes peuvent réclamer en même temps contre un même individu les effets civils de leurs mariages !

Voilà un homme qui, déjà marié à *Prima*, épouse ensuite *Secunda*, qui le croit libre; et le même homme (l'espèce s'est autrefois présentée), du vivant encore de *Prima* et de *Secunda*, épouse *Tertia*, qui est aussi de bonne foi. Nous avons là, tout compte fait, trois femmes également légitimes!

Je demande :

1° Comment il faut régler leurs conventions matrimoniales ;

2° Comment sera appliquée la vocation héréditaire établie par l'article 767, si, à l'époque du décès de cet homme, les deux mariages putatifs de *Secunda* et de *Tertia* n'avaient pas encore été déclarés nuls.

1° Il ne serait guère possible de tracer d'avance des règles invariables sur cette situation extraordinaire, qui met en présence et en conflit plusieurs contrats de mariage à la fois. On devra donc, avant tout, consulter les différentes stipulations qui auraient pu être faites; et dans le silence de la loi (art. 4), appliquer à ces difficultés la solution la plus équitable, d'après les faits et les circonstances.

Si les mariages successifs ont été contractés sous le régime de la communauté, « le parti le plus raisonnable (disent les auteurs du *Nouveau Denizart*, t. III, p. 614, v° *Bonne foi*, § 3, n° 3) semble être de considérer les acquisitions faites pendant la durée de la cohabitation avec chaque femme, comme le résultat d'une société telle qu'elle aurait pu exister entre deux personnes étrangères, et de partager les bénéfices non pas selon les règles de la communauté conjugale coutumière, mais plutôt selon les règles générales de la société; » et ils invoquent, en ce

sens, un arrêt du 7 juillet 1584, rapporté par Carondas, dans ses réponses (livre VIII, chap. XVII).

Cette solution serait encore proposée par plusieurs auteurs modernes, si le cas se représentait (Toullier, t. I, n° 665; Duranton, t. II, n° 373; Vazeille, t. I, n° 285). On ne peut nier, toutefois, que le droit de la seconde et de la troisième femme ne puisse être ainsi sacrifié; car leur mariage étant réputé légitime, elles auraient droit de réclamer, quant aux biens, les effets non pas d'une société ordinaire, mais de la communauté conjugale.

Ne ferait-on pas mieux de liquider successivement et séparément chacune de ces communautés, en commençant, bien entendu, par la plus ancienne? On en déduirait les mises provenant du chef de l'autre conjoint de bonne foi; et le partage aurait lieu comme si aucune autre communauté ne s'était formée en concurrence avec elle. Puis, on en viendrait à la seconde communauté; et alors l'époux de bonne foi serait fondé à prétendre que la part attribuée au premier conjoint sur la communauté dissoute, a diminué d'autant à son préjudice la communauté à laquelle il avait droit; et il exercerait sur les biens personnels de son conjoint une récompense égale à ce préjudice (comp. Bordeaux, 18 mai 1852, Martinez, Dev., 1852, II, 609; Marcadé, art. 202, n° 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 49; Massé et Vergé, t. I, p. 200, 201; Demante, t. I, n° 283 *bis*, XII; *voy.* aussi l'excellente Dissertatinn de Coin-Delisle, dans la *Revue crit. de jurisprudence*, 1854, p. 216 et suiv.); *Revue pratique*, 1871, t. XXXII, p. 136 et suiv.)

378. — 2° Quant au droit de successibilité, le premier époux, légitime ou putatif, ne pourrait-il pas prétendre que la priorité même de son titre lui confère une vocation exclusive? Son conjoint a-t-il pu, en contractant un second mariage, lui enlever le droit éventuel qui lui était acquis antérieurement, aux termes de l'article 767?

Mais précisément ce droit lui était-il acquis? c'est ce

qui ne saurait être concédé; car il s'agit d'une succession *ab intestat*, d'une hérédité purement légale, à laquelle nul absolument n'a de droit avant qu'elle soit ouverte; or, au moment où elle s'ouvre, les deux conjoints (encore tels, nous le supposons) se présentent au même titre; donc, ils doivent avoir les mêmes droits et concourir ensemble, comme feraient deux enfants nés de ces deux mariages (Marcadé, t. II, art. 202, n° 3).

379. — 3° A l'égard des tiers, le mariage putatif produit aussi tous les effets d'un mariage valable.

Point de doute, par exemple, que la femme, si elle est de bonne foi, n'ait une hypothèque légale sur les immeubles de son mari (art 2121 ; Zachariæ, t. III, p. 248; Valette sur Proudhon, t. II, p. 3, note *a*).

380. — Le défaut d'autorisation maritale pourrait-il être opposé aux tiers avec lesquels la femme aurait contracté pendant l'existence du mariage putatif? (Art. 225, 1125.)

Oui, sans distinction, si les deux époux étaient de bonne foi.

Dans le cas contraire, est-ce le mari qui était de mauvaise foi? Je pense que la femme seule pourra invoquer le défaut d'autorisation, mais qu'elle le pourra, puisque le mariage, en ce qui la concerne, n'en produit pas moins les effets civils. — Est-ce la femme qui était de mauvaise foi? Je ne crois pas alors qu'elle pût se prévaloir du défaut d'autorisation.

381. — Les donations faites par des tiers aux époux ou à l'un d'eux par contrat de mariage, doivent-elles être maintenues? (Art. 1088; *voy.* n° suivant.)

382. — La donation faite à un tiers par l'un des époux, avant son mariage et à une époque où il n'avait pas d'enfant, est-elle révoquée par la survenance d'un enfant dans le mariage putatif? (Art. 960.)

Ces deux questions ne me paraîtraient point embarrassantes, si les deux époux étaient de bonne foi, ou

même, si l'un des deux seulement étant de bonne foi, c'était à lui que la donation eût été faite par un tiers, ou si c'était lui qui eût fait la donation à ce tiers avant de se marier. — Je déclarerais alors 1° maintenue la donation faite à l'époux de bonne foi dans son contrat de mariage; 2° révoquée par survenance d'enfant la donation, antérieurement faite à un tiers, par l'époux de bonne foi; car ce sont là des effets civils du mariage que l'époux de bonne foi peut, en conséquence, invoquer.

Mais la difficulté, au contraire, me semble infiniment grave, lorsque la donation aura été faite, soit à l'époux de mauvaise foi, soit par lui.

Dans ce dernier cas, pourtant, je maintiendrais encore, sans beaucoup d'hésitation, la donation de biens à venir qui lui aurait été faite par un tiers; je la maintiendrais, dis-je, en faveur des enfants du mariage, s'il s'en trouvait à l'époque du décès du donateur. Ces enfants auraient le droit de la recueillir, soit dans le cas de prédécès de leur auteur, soit même du vivant de celui-ci et à son exclusion; car leur auteur, étant de mauvaise foi, devrait être regardé comme indigne (Duranton, t. IX, n° 702), ou bien plutôt comme incapable, puisque le mariage n'existe pas en ce qui le concerne; et rien ne ferait alors obstacle à la vocation des enfants qui sont, ainsi que nous le verrons, compris virtuellement, et par une substitution toujours sous-entendue, dans l'institution contractuelle (art. 1082). C'est ainsi qu'autrefois les enfants, nés d'un mariage putatif, étaient habiles à recueillir les substitutions aussi bien que les successions *ab intestat* (*Nouveau Denizart*, t. III, v° *Bonne foi*, § 4, n° 6).

Mais supposons une donation de biens présents faite par un tiers à l'époux de mauvaise foi par contrat de mariage. Pourra-t-il la conserver? — Et pour réunir finalement les deux questions déjà proposées, la donation faite par lui à un tiers, avant son mariage, sera-t-elle révoquée par la survenance d'un enfant?

Il y a ici, entre l'illégitimité de l'époux et la légitimité de l'enfant, un conflit qui me rend, je l'avoue, très-perplexe.

Maintiendrons-nous la donation faite par un tiers à l'époux? — Déclarerons-nous révoquée la donation faite par lui à un tiers? — On peut assurément bien le soutenir : la donation par contrat de mariage est faite *au mariage lui-même* en quelque sorte, c'est-à-dire à l'établissement qui en résulte, c'est-à-dire aux enfants et même aussi à l'autre époux; voilà pourquoi elle n'est pas révoquée par l'ingratitude de l'époux donataire (art. 959); or, les enfants et l'autre époux sont légitimes; à leur égard, le mariage est valable; donc, il leur importe que la donation faite à l'époux de mauvaise foi soit maintenue, et la donation faite par lui révoquée. Cela leur importe non-seulement parce qu'ils pourront trouver un jour les biens dans la succession de leur auteur, mais parce que dès à présent cet auteur, quoique de mauvaise foi, n'en a pas moins sans doute le devoir de les nourrir et de les élever, et que les biens *à lui* donnés, s'il les conserve, ou *par lui* donnés, s'il les recouvre, lui serviront à remplir cette obligation.

Mais pourtant, voyez donc! voilà cet individu de mauvaise foi qui va profiter de sa faute et de sa turpitude! ces biens, que vous lui conservez ou que vous lui rendez, ils lui appartiendront à lui-même, à lui seul! il pourra les vendre, les dissiper; il en sera le maître unique et absolu! cela n'est-il pas révoltant? Et ne doit-on pas dire dès lors que l'intérêt ou que le droit des enfants n'est ici que secondaire et accessoire; que leur droit n'est lui-même que la conséquence du droit principal de l'époux donataire, et qu'il ne saurait subsister, dès que ce droit principal s'évanouit? De là on conclurait que la donation faite par un tiers à l'époux sera annulée, et la donation faite par l'époux à un tiers non révoquée.

Cette conclusion n'est pas non plus satisfaisante, il faut bien le dire. Vous avez puni l'époux de mauvaise foi

sans doute ; mais l'intérêt des enfants est sacrifié, de ces enfants qui sont pourtant légitimes ! il y aurait bien un moyen, ce serait de rendre les biens au donateur, ou de les laisser au donataire, à la charge par eux de les restituer aux enfants pour le cas où ils accepteraient la succession de leur auteur. Mais ce terme moyen, qui rencontrerait lui-même bien des objections et des obstacles, ne pourrait être, en tous cas, que l'œuvre du législateur lui-même.

Que conclure donc en définitive?

Je proposerais de distinguer :

La donation de biens présents faite à l'époux par un tiers, je la maintiendrais; car elle est faite, elle est acquise *au mariage;* or, le mariage subsiste, du moins à l'égard des enfants; ajoutez que le donateur était dessaisi (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 48).

La donation faite par l'époux de mauvaise foi à un tiers avant son mariage, je ne la déclarerais pas, au contraire, révoquée; car ici c'est le donateur qui est saisi et qui possède ! car cette révocation est très-différente de l'action en réduction (art. 921) ; elle s'opère principalement et directement au profit du donateur lui-même, qui peut ensuite et immédiatement, disposer, à quelque titre que ce soit, des biens qui lui sont rendus (art. 964). Tel est précisément le motif par lequel Pothier consacre cette solution (Introd. au tit. XV de la *Coutume d'Orléans,* n° 106.)

Delvincourt avait proposé « de déclarer la donation « révoquée de plein droit, mais dans l'intérêt des enfants « seulement, c'est-à-dire de leur adjuger en propriété, « même *du vivant du père,* les biens provenant de la do- « nation. » (T. II, p. 77, note 4.)

Duranton, après avoir remarqué 1° que la loi n'attribue, dans ce cas, aux enfants aucun droit direct et personnel, 2° que d'ailleurs cette interprétation aurait pour résultat que les enfants nés d'un mariage putatif

seraient traités plus favorablement que les enfants nés d'un mariage légitimé, Duranton propose, à son tour, « de réserver à ces enfants leurs droits sur les biens « pour les exercer après la mort de leur père en acceptant sa succession.... » (T. VIII, n° 586.) Mais c'est là évidemment accorder aussi aux enfants du mariage putatif plus de droits qu'à ceux du mariage légitime; c'est dénaturer d'ailleurs ce mode de révocation, et je persiste à croire que le législateur seul aurait ce pouvoir. Il n'y a donc d'autre solution possible que celle qui déclare que la donation n'est pas révoquée. A vrai dire, le cas de survenance d'enfant est une condition, qui est réputée, de plein droit, mise par le disposant à sa donation; c'est une condition que, lui-même, est réputé y avoir écrite, et que la loi n'admet pas qu'il ait pu ne pas y vouloir écrire, sous peine d'être considéré, en ce point, comme n'étant pas *sanæ mentis*. Mais enfin c'est une condition qui émane de sa volonté présumée, nécessairement présumée, j'en conviens, mais toujours de sa volonté; or, on ne peut pas interpréter cette condition qui émane du donateur, on ne peut pas l'interpréter en ce sens qu'il se soit réservé de reprendre l'objet donné, lors même qu'il contracterait de mauvaise foi un mariage nul, et qu'il en aurait un enfant. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 745; Grenier, *des Donations*, t. I, n° 191; Toullier, t. V, n° 302.)

CHAPITRE V.

DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

383. — Différence entre la demande en nullité d'un mariage et la contestation de l'existence même du mariage.

383. — Quoique le Code Napoléon traite, dans le même chapitre (IV) *des demandes en nullité* et *de la preuve de la célébration du mariage*, ces deux ordres de faits et de principes n'en sont pas moins très-différents : une action en nullité contre un mariage prouvé légalement, est toujours une action très-grave, et qui trouble la société tout entière; la loi devait donc, comme elle l'a fait, déterminer limitativement les causes de nullité et les personnes qui seraient recevables à les proposer. Bien différente est la contestation de l'existence même du mariage! toute personne contre laquelle un fait est allégué, a le droit de le méconnaître; et c'est à celui qui affirme, qu'est imposée l'obligation de la preuve (L. 2, ff. *de Probat.*, art 1315); telle est la règle générale; et il fallait d'autant plus l'appliquer au mariage, que la société cette

fois est elle-même intéressée à ce que le désordre et l'inconduite ne puissent pas usurper les avantages de la légitimité.

Posons donc en principe que tout individu peut, toujours et en tout temps, nier l'existence d'un mariage dont les effets civils lui sont opposés, et que c'est à ceux qui prétendent que ce mariage existe, de fournir la preuve légale de la célébration (Cass., 22 juin 1819, Ruffi C. d'Eyroux, Sirey, 1819, I, 438).

384. — Comment cette preuve doit-elle être faite ?

« Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets « civils du mariage, s'il ne représente un acte de célé« bration inscrit sur les registres de l'état civil.... » (Art. 194.)

Voilà la règle.

Elle comporte trois exceptions :

1° Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou qu'ils sont perdus (art. 194, 46) ;

2° Lorsque les père et mère étant décédés, la preuve de la célébration de leur mariage doit être faite par les enfants (art. 197) ;

3° Enfin, lorsque cette preuve ayant été détruite par un fait coupable, se trouve ensuite acquise par le résultat d'une procédure criminelle (198-200).

Examinons successivement la règle elle-même et les trois exceptions.

385. — A. Rien ne peut en général remplacer la preuve exigée par l'article 194, c'est-à-dire l'acte même de célébration *inscrit sur les registres de l'état civil*. Cet article est effectivement absolu.

386. — Mais voici un acte de célébration inscrit seulement sur une feuille volante? Je persiste, en ce qui me concerne, à penser que cet acte ne fait point preuve (*voy.* notre t. I, n° 323; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 16; Massé et Vergé, t. I, p. 185; *voy.* toutefois aussi *infra*, n° 409).

387. — Mais l'homme et la femme, dont on méconnaît le mariage, ont la possession de l'état d'époux légitimes!.... *Nomen, tractatus, fama* (art. 321). Partout dans leur famille et dans la société, on les considère, on les traite comme des personnes mariées?

Écoutez la réponse :

« La possession d'état ne pourra dispenser les pré-
« tendus époux, qui l'invoqueront respectivement, de
« représenter l'acte de célébration du mariage devant
« l'officier de l'état civil. » (Art. 195.)

C'est qu'en effet cette possession peut être et n'est que trop souvent mensongère, surtout dans les grandes villes; et *les mariages présumés*, admis autrefois en France avec l'ordonnance de Blois de 1579, seraient presque toujours, aujourd'hui plus encore qu'autrefois, des unions illicites. Le défaut de représentation d'un acte de célébration crée même aujourd'hui une sorte de présomption de concubinage contre cette prétendue possession d'état d'époux légitimes; car si le mariage a été, en effet, célébré, montrez-nous-en donc la preuve! rien n'est plus facile; elle doit être sur des registres publics, ouverts à quiconque veut les consulter (art. 45; comp. Gérardin, *Influence de la possession d'état sur la preuve du mariage*, Revue pratique de Droit français, 1866, t. XXI, p. 257 et suiv.).

388. — Mais ce n'est pas l'un des prétendus époux, qui oppose à l'autre la possession d'état commune; c'est un tiers qui la leur oppose à tous les deux?.... C'est l'héritier de l'un d'eux, qui s'en prévaut contre le survivant, ou réciproquement! — C'est leur enfant qui se prétend légitime à l'ombre de la possession d'état de ses père et mère?.... N'en tiendrez-vous alors aucun compte?

Aucun!.... 1° parce que l'article 194, encore une fois, déclare que *nul* ne peut réclamer, non-seulement le titre d'époux, mais *les effets civils du mariage*, sans représenter un acte de célébration; 2° parce que si l'article 195

semblerait, à première vue, supposer que c'est seulement entre les époux *respectivement* que la possession d'état ne peut pas remplacer le titre, il est évident néanmoins que c'est *a fortiori* qu'il faut en dire autant pour tous les autres. Comment! le prétendu époux peut méconnaître son propre fait et son aveu personnel envers celui-là même auquel il avait reconnu le droit de le considérer comme son adjoint; et cette possession d'état pourrait avoir quelque effet à l'égard d'un tiers, qui y est complétement étranger! cela ne serait pas raisonnable. Aussi l'article 195 n'a-t-il eu pour but que de lever précisément un doute sur le point de savoir si l'un des prétendus époux, demandant à l'autre la représentation de l'acte de célébration, ne pourrait pas être repoussé par une sorte de fin de non-recevoir (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mar.*, sect. v, § 2, n°s 7 et 9). Ajoutez enfin que s'il en était autrement, l'article 197 serait inexplicable, puisque précisément, il ne dispense que les enfants de la représentation de l'acte de mariage, et encore sous plusieurs conditions cumulativement exigées. C'est donc là une exception qui suppose nécessairement, pour tous les autres cas, une règle contraire (comp., Bourges, 17 mars 1830, de Saxy, Dev., 1830, II, 174).

389. — Nous avons vu d'ailleurs que la possession d'état d'époux légitime peut produire certains effets importants (art. 196).

Et bientôt encore nous en reconnaîtrons l'influence dans l'hypothèse prévue par l'article 197 (*infra*, n° 392).

390. — Remarquons encore que nous ne parlons ici que du moyen de prouver la célébration, afin de réclamer *le titre d'époux ou les effets civils du mariage*. C'est lorsque la preuve tend à ce but, que l'article 194 exige qu'elle ne puisse être faite autrement que par la représentation de l'acte même de célébration.

Il ne faudrait donc pas nécessairement l'étendre au cas où la preuve du mariage n'aurait pas pour objet

direct ou indirect une question d'état, comme, par exemple, s'il s'agissait de prouver l'accomplissement ou l'inaccomplissement d'une condition subordonnée au fait de la célébration du mariage (Merlin, *Rép.*, t. XVI, sect. v, § 2, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 15; Massé et Vergé, t. I, p. 185).

391. — B. Parcourons maintenant les trois exceptions que nous avons annoncées à notre règle :

1° La preuve de la célébration du mariage peut être faite tant par titres que par témoins et par présomptions, conformément à l'article 46, lorsque les registres de l'état civil n'ont pas existé ou ont été perdus (art. 194). Cette exception nous est déjà connue (*voy.* notre t. I, nos 321-329).

392. — 2° L'article 197 admet en ces termes la seconde exception, que notre ancienne jurisprudence avait aussi déjà consacrée (Denizart, t. VIII, v° *Quest. d'état*, § 2; *voy.* même la loi 9 au Code, *de Nuptiis*).

« Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, « il existe des enfants issus de deux individus, qui ont « vécu publiquement comme mari et femme, et qui « soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne « peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de « représentation de l'acte de célébration, toutes les fois « que cette légitimité est prouvée par une possession « d'état, qui n'est point contredite par l'acte de nais- « sance. »

Remarquez d'abord que ce n'est qu'en faveur des enfants, que la loi déroge ici à la règle posée par l'article 194 (*supra*, n° 385); et encore, bien entendu, faut-il qu'ils se trouvent eux-mêmes dans les conditions requises par notre article (Paris, 20 mai 1808, Furst, Sirey 1808, II, 204; Bourges, 17 mars 1830, de Saxy C. Lespinasse, Sirey, 1830, II, 174; comp. *infra* n° 406 *bis*).

393. — Ces conditions sont au nombre de quatre; il faut :

A. Que les père et mère soient tous deux décédés;

B. Qu'ils aient eu la possession d'état d'époux légitimes;

C. Que les enfants eux-mêmes aient eu la possession d'état d'enfants légitimes;

D. Enfin, que cette possession d'état ne soit point contredite par leur acte de naissance.

Il a paru équitable de dispenser alors les enfants de la représentation de l'acte de mariage de leurs père et mère: d'abord, les enfants, à la différence des père et mère eux-mêmes, peuvent ignorer le lieu, le pays étranger peut-être, où le mariage a été célébré, soit parce qu'ils auraient omis de s'en informer, soit parce qu'à raison de leur âge, ils n'en auraient pas eu le moyen. Ajoutez que ceux auxquels ils devraient s'adresser alors pour obtenir des renseignements sur ce point, ne pourraient être que des parents presque toujours intéressés à méconnaître leur légitimité. La double possession d'état qu'ils invoquent, a en leur faveur d'autant plus d'autorité, qu'elle n'est pas leur ouvrage, et qu'on ne peut pas les soupçonner de s'être ainsi créé un titre à eux-mêmes. Enfin le droit sera le plus souvent alors conforme au fait; et, très-probablement, les père et mère auront en effet contracté mariage, lorsque toutes ces circonstances se trouveront réunies.

Cette exception favorable à la légitimité des enfants, n'offre donc pas de danger pour l'ordre social.

Passons rapidement en revue chacune des quatre conditions qui précèdent :

594. — A. Il faut que les père et mère soient tous deux décédés; car le motif essentiel de l'article 197 est l'impossibilité où l'enfant peut se trouver, d'obtenir des renseignements sur le lieu de la célébration du mariage de ses père et mère (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, 420 et 517); et tant que l'un d'eux existe encore, la loi ne saurait admettre cette impossibilité. (Comp. Metz, 2 mars 1870, Requin, Dev., 1870, II, 269.)

395. — *Décédés....,* dit notre texte. — Il ne paraît pas contestable que cette expression ne devait s'entendre que de la mort naturelle, et non point de la mort civile. Telle est, en général, l'acception du mot *décès* (*voy.* notre tome I, n° 210), qu'il convenait d'autant plus d'appliquer ici, que le mort civilement pouvait indiquer à son enfant le lieu de la célébration de son mariage (Duranton, t. II, n° 255; Vazeille, t. I, n° 214; Zachariæ, t. III, p. 222).

396. — Mais au contraire c'est une question fort controversée que celle de savoir si la démence ou l'absence déclarée des père et mère, ou du survivant, doit, en cette occasion, être assimilée au décès?

Pour la négative, on peut dire : la preuve de la célébration d'un mariage ne peut résulter que d'un acte inscrit sur les registres de l'état civil; tel est le principe (art. 194) qui doit être maintenu toutes les fois qu'on ne se trouve pas dans les cas d'exception autorisés par la loi; or, l'article 197 ne s'applique qu'au cas où les père et mère sont *tous deux décédés;* donc, on rentre, pour tous les autres cas, dans la règle générale. Quand la loi veut comparer au décès l'impossibilité où serait une personne de manifester sa volonté, et de faire acte d'intelligence ou de mémoire, elle prend toujours soin de le dire (art. 149, 150, 160); et certes il eût été fort utile de s'en expliquer ici également, si telle eût été son intention! Cette exception, d'ailleurs, est *strictissimæ interpretationis;* et surtout on ne doit pas l'étendre à des hypothèses, qui sont loin d'être de tous points semblables à celle que le texte a seulement admise. Qu'arriverait-il, en effet, si le père ou la mère absent revenait, ou si le dément recouvrait la raison? L'enfant, que vous auriez considéré comme légitime, devrait-il cesser de l'être? et s'il gardait sa légitimité, vous auriez donc un enfant légitime, en présence d'un père ou d'une mère, qui lui-même ne pourrait pas prouver son mariage? C'est sans doute pour prévenir

ces embarras et ces difficultés, que l'article 197 exige absolument le *décès* des père et mère (Toulouse, 24 juin 1820, Dubois, Sirey, 1820, II, 280; Paris, 21 juin 1853, Lamy, Dev., 1853, II, 375; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Légitimité*, sect. I, § 2, quest. 1 et 2, *sur l'art.* 197; Delvincourt, t. I, p. 69, note 2; Taulier, t. I, p. 325, 326; Richefort, I, 80; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. IV, p. 18).

Malgré la gravité de ces motifs, je préfère l'opinion contraire : n'est-il pas vrai que la démence ou l'absence des père et mère, ou du survivant, place l'enfant dans l'impossibilité d'obtenir d'eux les renseignements qui pourraient l'éclairer ? sans doute; or, tel est le motif essentiel, le motif de raison et d'équité de l'article 197; donc, cet article doit alors aussi être applicable. Si le texte n'a prévu que l'hypothèse du décès, c'est que telle est, en effet, l'hypothèse la plus ordinaire, et la seule probablement qui se soit alors offerte à la pensée du législateur; mais rien n'annonce que cette disposition doive être interprétée d'une manière si restrictive; et je pense qu'il faut appliquer ici la sage et utile maxime de Tertullianus : « Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt. » (L. 26, ff. *de Legibus*). J'admettrais pourtant alors des réserves au profit des adversaires de l'enfant, pour le cas où l'auteur de celui-ci reparaîtrait ou recouvrerait l'exercice de ses facultés. Cette concession me paraît enlever à l'opinion contraire l'argument qu'elle tirait des embarras que ce changement de situation pourrait produire (comp. Toullier, t. II, n° 877; Duranton, t. II, n° 225; Vazeille, t. I, n° 214; Valette sur Proudhon, t. II, n° 73; Allemand, t. I, n° 440, Bonnier, *Traité des preuves*, n° 128; Demante, t. I, n° 279 *bis*, III; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 186, 187).

597. — Mais voici ce qui arrive : la mère décède; et

le père survivant est là, présent et sain d'esprit; et lorsque son enfant réclame contre lui le partage de la communauté, ce père répond qu'il n'y a jamais eu ni mariage, ni communauté. L'enfant, dans ses rapports avec son père lui-même, serait-il, en ce cas, dispensé de la représentation de l'acte de mariage?

Oui, a-t-on dit; car l'enfant se trouve encore ici dans l'impossibilité de savoir où le mariage aurait été célébré; et cette opposition d'intérêts entre le survivant et lui, rend sa situation aussi digne de faveur que si ses père et mère étaient tous deux décédés. Notez que nous supposons, bien entendu, remplies toutes les autres conditions requises par l'article 197 : et la possession d'état des époux et celle des enfants, et l'acte de naissance ne renfermant aucune énonciation contraire. Eh bien! la présomption alors est en faveur de la légitimité; et l'état de l'enfant ne peut pas être, à ce point, compromis par le fait du survivant, qui ne nie sa légitimité que pour conserver tous les biens, et pour se remarier peut-être plus avantageusement! (D., *Rec. alph*, v° *Mariage*, sect. VIII, n° 7.) Tel est le sentiment de Duranton (t. II, n° 254), qui signale surtout, en sa faveur, le cas où le survivant des père et mère aurait signé l'acte de naissance qui désignerait l'enfant comme légitime; et M. Allemand vient aussi de l'adopter (t. I, n° 439).

Je ne crois pourtant pas pouvoir aller jusque-là; et il me semble, au contraire, que l'article 197 ne serait point alors applicable : vous avez en effet contre vous non-seulement la lettre de la loi, mais le motif même sur lequel elle repose. Ce motif, c'est l'impossibilité, de la part des père et mère, d'instruire leur enfant du lieu où ils seraient mariés; or, cette impossibilité, qui résulte du décès et aussi de l'absence ou de la démence, n'existe pas lorsque l'un d'eux est présent et sain d'esprit; donc, vous êtes de tout point en dehors de l'article 197. Je dis que cette impossibilité n'existe pas alors, et cela est

évident! le survivant pourrait très-bien indiquer à son enfant le lieu de la célébration, si, en effet, il s'était marié quelque part.

Mais il ne le voudra pas! son intérêt est contraire à celui de l'enfant!

A cette objection, voici mes réponses, qui prouveront, je crois, de plus en plus combien cette hypothèse est différente de celles que notre article 197 a prévues explicitement ou implicitement : d'abord, vous supposez que le père ou la mère survivant étouffera dans son cœur les sentiments les plus sacrés et les plus vifs; qu'il oubliera toute tendresse pour ses enfants, toute pudeur pour lui-même! qu'il voudra enfin, avec autant de cynisme que de dureté, les réduire à l'état de bâtards, d'enfants légitimes qu'ils seraient. Eh bien! c'est là une première supposition que la loi n'a pas admise, quand il s'agit des père et mère! la loi veut, au contraire, qu'ils soient tous deux décédés, parce qu'elle n'admet pas que si, en effet, il y a eu mariage, le survivant le méconnaisse; parce que, dans sa pensée, c'est là même une épreuve qui servira plus tard à autoriser l'application de l'article 197; et cette épreuve consiste précisément dans l'attitude réciproque, que les enfants et le survivant auront prise lors du décès du prémourant. Si l'enfant est alors admis à la succession, au partage de la communauté, etc., la possession d'état se confirme et se consolide! mais elle s'altère, elle s'anéantit, si alors des difficultés s'élèvent entre l'enfant et le survivant sur le point même de savoir si le mariage a existé. — Le survivant, dites-vous, se gardera bien d'indiquer le lieu où il s'est marié! — mais vraiment, comment voulez-vous qu'il l'indique, s'il ne s'est en effet jamais marié! est-il possible de mettre à sa charge la preuve d'un tel fait, d'un fait purement et absolument négatif? (L. 23, Code *de Probationibus.*) Remarquez en outre que dans ce cas, il ne serait pas impossible que l'enfant, s'il était injustement repoussé par son auteur,

fût aidé par d'autres parents qui auraient assisté au mariage, ou qui en auraient autrement connaissance; car il ne se trouverait pas, actuellement du moins, en collision d'interêt avec eux.

Mais enfin si le survivant lui-même avait signé l'acte de naissance, qui déclare l'enfant légitime!

Je maintiendrais encore ma solution; car il ne dépend pas des père et mère de créer arbitrairement la légitimité de leurs enfants; car il y aurait là un inconvénient très-grave, et qui permettrait aux concubins d'assurer ainsi dans l'avenir un état légitime aux enfants nés de leur désordre! car enfin je demande ce qui arriverait ensuite, lorsque le survivant viendra lui-même à mourir? Admettriez-vous l'enfant comme légitime à recueillir sa succession? Si vous dites oui, je réponds qu'il n'a pas certainement eu la possession d'état d'enfant légitime vis-à-vis de cet auteur, qui l'a méconnu! — Si vous dites non, voyez la contradiction et l'inconséquence, puisque cet enfant aura été traité comme légitime dans la succession de l'un et comme illégitime dans la succession de l'autre! (Toulouse, 24 juil. 1826, Bajeau C. Olympe, Sirey, 1827, II, 224; Valette sur Proudhon, t. II, p. 73; Marcadé, t. II, art. 197, n° 2.)

398. — B et C. Il faut que les père et mère aient vécu publiquement comme mari et femme, et que les enfants aient eu également la possession d'état d'enfants légitimes (art. 321).

Voilà surtout la base de la présomption légale : c'est le fait même, c'est la possession, c'est la notoriété publique enfin, par suite de laquelle on a toujours considéré les père et mère et les enfants comme formant une famille légitime.

Aussi est-il nécessaire que la double possession d'état des époux et des enfants soit cumulativement prouvée (Paris, 11 mai 1816, Delatour, Sirey, 1817, II, 44; Paris, 23 fév. 1822, Aufrye, Sirey, 1822, II, 183; Cass.

19 juin 1867, Polverelli, Dev. 1867, I, 345; Cass. 18 mars 1868, de Bedout, Dev. 1868, I, 205; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Légitimité*, sect. I, § 2, quest. 8, *sur l'article* 197; Labbé, *Observations*, Dev. 1867, I, 345).

399. — Comment cette preuve doit-elle être faite?

D'après l'article 15 du projet, elle aurait dû être constatée *soit par des actes authentiques, soit par des actes privés émanés de ceux qui contestent l'état de l'enfant* (Locré, *Législ., civ.*, t. IV, p. 410; comp. Cass., 7 mai 1873, Polverelli, Dev., 1873, I, 309.).

Mais cette rédaction a été justement supprimée; car la possession d'état se compose surtout de faits susceptibles en général d'être établis par toute espèce d'écrits et même par témoins.

400. — L'acte de naissance, qui désignerait l'enfant comme légitime, serait sans doute un des éléments importants de cette preuve; mais il est évident qu'il ne suffirait pas à lui seul pour la former; ce ne peut être que par inadvertance que la proposition contraire fut énoncée dans l'exposé des motifs (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 516); car l'acte de naissance par lui-même prouve uniquement la filiation (art. 319; Aix, 28 mai 1810, Arnaud, Sirey, 1811, II, 227; Paris, 9 mars 1811, Reynard-Sabotin, Sirey, 1811, II, 95; Toullier, t. II, n° 877; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 19; Valette sur Proudhon, t. II, p. 72, note *a*, 1).

401. — D. Enfin il est nécessaire, mais il suffit que la possession d'état de l'enfant ne soit *pas contredite par son acte de naissance*. Ces mots de l'article 197 sont d'autant plus remarquables, qu'il paraît qu'autrefois on exigeait que l'*acte baptistaire* de l'enfant fût conforme à sa possession (Denizart, t. VIII, v° *Quest. d'état*, § 2, n° 3), et que la prémière redaction de notre article voulait aussi *qu'un acte de naissance, appuyé de la possession d'état, prouvât la légitimité* (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 432 et 470). Il aurait donc fallu, d'après ce projet, que l'enfant

représentât toujours un acte de naissance, dans lequel il serait déclaré légitime. Mais il y avait là une sorte de contradiction; et en même temps qu'on dispensait l'enfant de représenter l'acte de mariage de ses père et mère, parce qu'il pouvait ignorer le lieu où il avait été célébré, on ne pouvait pas raisonnablement exiger de lui comme condition *sine qua non*, la représentation de son acte de naissance; car il peut aussi bien ignorer le lieu où cet acte a été reçu.

De là deux conséquences.

1° L'enfant n'est pas absolument obligé de représenter un acte de naissance quelconque; cette quatrième condition de l'article 197 est donc plutôt, en quelque sorte, négative qu'affirmative. Il suffit, malgré la dissidence de Toullier (t. II, n° 877, note 2), que l'enfant rende vraisemblable que son acte de naissance n'a pas été dressé, ou qu'il ignore dans quel lieu il a pu l'être, sans que d'ailleurs, bien entendu, il soit alors forcé de prouver l'inexistence ou la perte des registres (Agen, 18 mai 1842, Chèse C. Prunis, Dev., 1842, II, 541; Toulouse, 4 juillet 1842, Haulhé C. Demare, Dev., 1844, II, 398; Merlin, *Rép.*, t. XVI, sect. 1, § 2, quest. 6, *sur l'article* 197; Duranton, t. II, n° 563; Zachariæ, t. II, p. 223);

2° Il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance, qui serait produit par l'enfant ou contre lui, le qualifie de légitime; il suffit qu'il ne soit pas contraire à sa possession d'état, et qu'il ne le qualifie point, par exemple, d'enfant naturel (Valette sur Proudhon, t. II, p. 72, note *a*).

402. — La présomption de légitimité résultant de l'article 197 est-elle absolue? — ou bien peut-elle être combattue? — Et, en cas d'affirmative, par quels moyens et par quel genre de preuves?

Et d'abord, cette présomption est-elle absolue? Malgré les inductions que l'on pourrait tirer de quelques arrêts déjà anciens (Cass., 8 janv. 1806, Robin, Sirey, 1806, I,

307; Cass., 8 mai 1810, Pouliant, Sirey, 1810, I, 239), je pense qu'il faut tenir pour certain que l'article 197 ne crée qu'une présomption simple susceptible d'être combattue par la preuve contraire : « ... la légitimité des « enfants ne peut être contestée *sous le seul prétexte* du « défaut de représentation de l'acte de célébration....» Donc, elle peut être contestée par d'autres moyens et pour d'autres causes. Les principes, d'ailleurs, et la raison même le voulaient aussi.

403. — Mais par quels moyens et par quel genre de preuves cette présomption peut-elle être combattue et détruite?

Par quels moyens? L'adversaire de l'enfant peut soutenir deux choses: — Ou que le mariage des père et mère, en admettant même qu'il eût été valablement célébré, devrait être déclaré nul, à raison de quelque empêchement dirimant, qui ne leur permettait pas de se marier ensemble ; — ou que la célébration n'a pas été valablement faite.

Dans le premier cas, la demande en nullité est certainement recevable. On vient dire, par exemple, que l'un des deux époux était déjà engagé dans les liens d'un premier mariage.... L'article 197 ne saurait élever, au profit de l'enfant, une fin de non-recevoir contre un tel moyen. Le plus grand effet qu'on puisse accorder à l'article 197, c'est de dire que la présomption légale, qui en résulte, tient lieu à l'enfant de la représentation de l'acte de mariage de ses père et mère ; or cet acte, même représenté, n'arrêterait pas la demande dont il s'agit, puisqu'elle s'attaque non point à la forme, mais au fond, non point à la célébration, mais à la validité même du mariage ; donc, la présomption ne saurait avoir plus de force que la preuve elle-même de la célébration (Douai, 8 mars 1845, Poitou C. Vasseur, Dev., 1845, II, 321 ; Merlin, *Rép.*, t. XVI, sect. I, § 2, quest. 9, *sur l'article* 197 ; Toullier, t. II, nos 878, 879; Duranton, t. II, n° 252 ;

Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 20; Massé et Vergé, t. I, p. 187 ; Demante, t. I, n° 279 *bis*, II).

404. — Dans le second cas, la question me paraît beaucoup plus délicate. L'adversaire de l'enfant prétend prouver que la célébration du mariage n'a pas eu lieu, ou qu'elle n'a pas été valable. Le voilà, par exemple, qui produit lui-même un acte de célébration de mariage irrégulier entre les père et mère, et antérieur à la naissance des enfants ! (Paris, 18 déc. 1837, Ernouf C. Schukhard, Dev., 1838, II, 113 ; Cass., 11 août 1841, mêmes parties, Dev., 1841, I, 616.) — Supposez même que c'est un acte de célébration purement religieux ! (Toulouse, 4 juillet 1843, Haulié C. Demare, Dev., 1844, II, 398.) La présomption résultant de l'article 197 sera-t-elle ainsi détruite ?

Pour l'affirmative, on peut dire que cet article ne dispose que pour le cas où aucun acte de célébration n'est représenté ; alors la loi a pu présumer tout à la fois l'existence et la régularité de cet acte. Mais cette présomption doit tomber devant la production du titre lui-même et de ses vices; et le texte même de l'article 197 n'est plus en effet applicable, puisque l'adversaire de l'enfant ne se prévaut plus uniquement *du seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de mariage.*

Ce raisonnement est sérieux et pressant; voici pourtant ce qui m'arrête : la présomption légale de l'article 197 équivaut, dans l'intérêt des enfants, à la représentation de l'acte de mariage de leurs père et mère, de cet acte, dis-je, régulier et valable ; or, si les enfant représentaient un acte de célébration valable et régulier, l'acte irrégulier ou nul qui leur est opposé devrait être écarté; donc, la présomption légale doit les protéger, dans ce cas, aussi efficacement qu'un acte même de célébration régulier qu'ils représenteraient. Je sais bien qu'on peut me dire que ma prémisse décide la question par la question même, et qu'il s'agit précisément de savoir s

alors l'article 197 tient lieu d'un acte de célébration régulier; mais il me semble que l'article 197 ne distingue pas, et qu'on est autorisé à dire, avec Devilleneuve (1841, I, 616, note 1), que « cette présomption a été établie par « le législateur indépendamment d'un acte quelconque « et comme une des bases principales du repos des fa- « milles. » Ne serait-il pas possible, en effet, que les père et mère eussent régularisé leur mariage par un nouvel acte de célébration? (Comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 187; Aubry et Rau, t. IV, p. 19, 20).

Mais c'est là, comme on le voit, un point douteux et controversé (Marcadé, t. II, art. 197, n° 3); les enfants feraient donc très-bien d'invoquer aussi, dans ce dernier cas, l'article 196, d'après lequel la possession d'état des époux corrige les vices de l'acte de célébration.

405. — Au reste, je pense que c'est seulement par des preuves directes, et non point par de simples présomptions, que la présomption légale de l'article 197 peut être renversée (Toulouse, 4 juill. 1843, Haulié C. Demare, Dev., 1844, II, 398; *voy.* toutefois Cass., 23 mars 1825, de Cussy C. Louvel, Sirey, 1826, I, 229).

Tel me paraît, en droit, le principe; mais il est facile de comprendre que c'est aux magistrats qu'il appartient, en fait, d'apprécier le caractère et la force des différentes preuves qui peuvent être produites. Sous ce rapport, la plupart des questions que notre article fera naître, seront très-souvent de simples questions d'espèces; et, dans la plupart des cas, les prétentions des adversaires de l'enfant tendront finalement à prouver que les père et mère, ou l'enfant lui-même, n'ont pas eu la possession d'état requise par l'article 197.... Les magistrats apprécieront! (Cass., 19 mai 1830, David C. Haitze, Sirey, 1830, I, 21, Nîmes 18 juin 1860, Littaye, Dev., 1861, II, 325; Merlin, *Rép.* t. XVI, sect. I, § 2, quest. 10, 11 et 12, *sur l'article* 197; Vazeille, t. I, n° 212: Allemand, t. I, n° 444.)

406. — La présomption légale de l'article 197, une

fois acquise aux enfants, produit en leur faveur, envers et contre tous, les effets que produirait la représentation même de l'acte de mariage ; tel est son but essentiel. Ils sont donc réputés légitimes dès le moment, bien entendu, de leur naissance ; et ils peuvent, en conséquence, réclamer non-seulement la succession du dernier mourant de leurs père et mère, mais même aussi celle du prédécédé, si déjà ils ne l'avaient recueillie à l'époque de son décès. Toutefois il ne faudrait pas qu'à cette époque il se fût élevé des contestations sur leur légitimité; car leur possession d'état pourrait être ainsi compromise, de manière à ce que plus tard ils fussent non recevables à invoquer l'article 197 (*supra*, n° 397 ; Duranton, t. II, n° 256).

406 *bis*. — Nous avons, en expliquant l'article 197, mis toujours en scène les enfants eux-mêmes.

Est-ce à dire pourtant que le bénéfice de cette disposition leur soit exclusivement personnel et qu'il ne pourrait pas être invoqué, après leur décès, par leurs héritiers ou autres successeurs ?

Telle n'était pas notre pensée; nous nous placions seulement dans l'hypothèse prévue par notre texte : *S'il existe des enfants... ;* mais dans cette hypothèse, telle qu'il l'a prévue, c'est-à-dire d'une manière énonciative, et nullement limitative.

C'est ce que vient de décider, avec beaucoup de raison, suivant nous, la Cour de Nîmes :

« Attendu que le législateur n'a point ajouté que cette « exception serait personnelle aux enfants et ne pourrait « être opposée par ceux qui les représentent ; — que, en « règle générale, l'héritier est appelé à faire valoir tous « les droits actifs et passifs de celui à la place duquel il « se trouve ; qu'il n'en est autrement que dans le cas où « la loi l'a ainsi ordonné par une disposition expresse.... » (18 juin 1860, Lintaye, Dev., 1861, II, 325.)

Or, non-seulement la loi n'a pas fait ici d'exception à

la règle ; mais il est évident qu'il n'y avait pas de motif pour y déroger, et que c'est même, *a fortiori*, que la disposition de l'article 197 doit pouvoir être invoquée par les héritiers des enfants (comp. Cass., 28 févr. 1872, Francès, Dev., 1872, I, 97.).

407. — 3° Enfin la preuve d'une célébration légale de mariage peut se trouver acquise par le résultat d'une procédure criminelle (art. 198). Nous verrons plus tard qu'il en est tout autrement de la preuve de *la filiation :* d'après les articles 326 et 327, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les actions en réclamation d'état ; et même l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Pourquoi cette différence? pourquoi le résultat d'un procès criminel, qui peut constater les rapports d'époux légitimes entre deux personnes, ne peut-il pas également établir les rapports de paternité et de filiation? Il y en a deux motifs :

1° Les difficultés et les incertitudes de la preuve sont loin d'être les mêmes dans les deux cas ; la célébration d'un mariage est un fait public et solennel, précédé d'annonces et d'affiches, et qui a lieu en présence de témoins ; on pouvait donc en admettre la preuve testimoniale toute seule ; et dès lors rien ne fait obstacle à ce qu'on procède *de plano* devant la juridiction criminelle où cette preuve est toujours admise. Au contraire, rien de plus difficile à constater que le fait de la filiation ! Sans parler de la paternité, dont la preuve est, à vrai dire, impossible, la maternité elle-même n'est pas un fait nécessairement notoire ; il est même très-souvent caché. Ajoutez qu'indépendamment de la preuve de l'accouchement, il faut encore établir l'identité de l'enfant avec la personne du réclamant ; et cette double preuve étant infiniment délicate et périlleuse, la loi a dû, dans l'intérêt des familles et de la société, exiger alors des garanties ; et voilà pourquoi l'action en réclamation d'état n'est ad-

mise que sous la condition d'un commencement de preuve par écrit (art. 323-341); or, devant les tribunaux criminels, la preuve testimoniale est toujours admise *de plano;* donc, il fallait, pour atteindre son but de protection et de prévoyance sociales, il fallait que la loi empêchât ces sortes d'actions de se produire d'abord devant la juridiction criminelle et d'échapper ainsi aux conditions qu'elle leur impose.

2° La possession d'état d'époux légitimes ne prouve pas le mariage (art. 194), tandis que la possession d'état d'enfant légitime suffit pour prouver, à défaut de titre, la filiation (art. 320) ; or, cette nouvelle différence explique et justifie de plus en plus la différence même dont nous nous occupons en ce moment. La fraude, qui détruit ou qui altère un acte de mariage, enlève aux époux leur seul titre, leur unique moyen de preuve, tandis que la destruction ou la falsification d'un acte de naissance ne prive pas l'enfant de tout moyen d'établir sa filiation. La loi devait donc, sous ce nouveau rapport, rendre plus facile le rétablissement de la preuve du mariage. Notez enfin que la réclamation d'état d'enfant (légitime du moins) suppose que le réclamant n'a ni titre ni possession (art. 319, 320), et que cette double circonstance devait éveiller particulièrement, sinon toujours les soupçons, du moins l'attention et la vigilance de la loi.

408. — Les articles 198 et 200 ont pour objet de régler ce mode exceptionnel de preuve de la célébration du mariage ; mais la rédaction en est telle, si obscure et parfois si inexacte, qu'il est fort difficile de se rendre compte de la théorie qu'ils renferment. Renferment-ils même une théorie quelconque? et les rédacteurs du Code en ont-ils mûrement pesé toutes les applications et toutes les conséquences? il serait permis d'en douter, lorsqu'on voit les jurisconsultes les plus distingués présenter sur ce sujet des interprétations si différentes, ou plutôt si diamétralement opposées! Je vais donc essayer de dire aussi

comment je comprends ces articles; et pour cela, j'examinerai :

A. A quels cas ils s'appliquent;

B. Par qui et devant quels tribunaux doit être intentée l'espèce d'action dont il s'agit;

C. Quel est alors l'effet de la décision rendue par les tribunaux criminels.

409. —A. Et d'abord dans quels cas pourra-t-on obtenir, au moyen d'une procédure criminelle, la preuve de la célébration d'un mariage?

Pour qu'il y ait lieu à une poursuite criminelle, deux conditions sont nécessaires; il faut 1° un fait réprimé par la loi, c'est le *corps du délit;* 2° un auteur, un agent punissable, c'est-à-dire qui ait commis le fait avec une intention coupable.

De là deux conséquences :

1° L'article 198 ne serait pas susceptible d'application dans le cas où le fait allégué ne serait atteint par aucune loi pénale, comme si par exemple on prétendait que l'officier de l'état civil n'a dressé aucun acte de célébration de mariage. La loi n'ayant prononcé aucune peine contre cette omission, il ne saurait y avoir lieu à poursuite criminelle; et les parties doivent alors s'imputer à elles mêmes de n'avoir pas aussi veillé à la rédaction de cet acte (Duranton, t. II, n° 259; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 24, 25; *voy.* toutefois Toullier, t. I, n° 600).

Mais, en sens inverse, je crois que l'article 198 sera susceptible d'application toutes les fois que le fait imputé à l'officier de l'état civil sera réprimé par une loi pénale : non-seulement donc lorsqu'on lui imputera de fausses signatures, une supposition de personnes, la falsification ou la destruction de l'acte de mariage, ou enfin tout autre fait prévu par les articles 145, 146, 173 et 255 du Code pénal, mais même aussi lorsqu'il lui sera seulement reproché d'avoir inscrit l'acte de mariage sur

une feuille volante. — Objectera-t-on que l'article 198 du Code Napoléon, supposant une poursuite *criminelle*, ne peut pas être appliqué à ce fait, auquel l'article 192 du Code pénal n'inflige, au contraire, qu'une simple peine *correctionnelle?* — Mais ces expressions, *crime, criminel* sont génériques, et désignent fort souvent, non-seulement les crimes proprement dits, mais même encore les délits. Il est d'autant plus vraisemblable que l'article 198 a employé les mots *procédure criminelle* dans cette acception étendue, que la classification technique et rigoureuse des méfaits en crimes, délits et contraventions, n'existait pas encore à cette époque (1804), et n'a été consacrée que plus tard dans le Code pénal de 1810. Enfin, ce qui doit lever tous les doutes, c'est que l'article 198, d'après la rédaction primitive du projet, ne s'appliquait même d'abord textuellement qu'au seul cas où l'acte de mariage avait été inscrit sur une feuille volante (Locré *Législ. civ.*, t. IV, p. 410); cet article 17 du projet, ferait, a-t-on dit, double emploi avec l'article 52 du titre des actes de l'état civil; et la disposition fut, en conséquence, généralisée (Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 24, 26; Massé et Vergé, t. I, p. 187; Valette sur Proudhon, t. II, p. 105-1°; *voy.* aussi Duranton, t. II, n°s 259-261; Allemand, t. I, n° 433; Demante, t. I, n° 280 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 346).

2° Lors même que le fait en question serait réprimé par une loi pénale, l'article 198 ne pourrait pas recevoir d'application, si l'auteur de ce fait n'avait pas agi avec une intention coupable; ou même, en le supposant coupable, s'il était décédé; ou si, même coupable et vivant, il était en démence; ou enfin s'il avait prescrit contre l'action publique. Dans ces différents cas, la poursuite criminelle étant impossible, ne pourrait pas dès lors produire la preuve de la célébration du mariage.—Mais alors cette preuve pourrait-elle être obtenue par une autre voie? et

quelle serait cette voie? c'est ce que nous allons bientôt rechercher.

410. — Remarquons seulement encore que si nous avons toujours supposé jusqu'à présent, avec le texte, que l'officier de l'état civil était lui-même l'auteur du fait, par suite duquel la preuve de la célébration aurait été falsifiée ou détruite, il n'en faut pas conclure que l'application de nos articles soit restreinte à cette hypothèse. L'article 200 se borne à l'énoncer comme l'hypothèse qui sera la plus ordinaire, et qui s'est, par ce motif, présentée à l'esprit du législateur. Mais la généralité des autres articles (198, 199), et l'absence de toute espèce de motif de différence ne permettent pas de douter que ces articles doivent être également appliqués au cas où l'auteur du fait serait un tiers autre que l'officier public (art. 51 C. Nap.). La peine alors serait moindre, il est vrai (art. 439 C. pén.); mais, quant à notre sujet, peu importe l'intensité de la peine, dès qu'une peine quelconque est prononcée par la loi (Vazeille, t. I, n° 208; Duranton, t. II, n° 262; Zachariæ, t. III, p. 225).

411. — B. Par qui et devant quels tribunaux cette action peut-elle être intentée?

Mais, avant tout, de quelle espèce d'action s'agit-il? Il y a ici un mélange, ou plutôt même une confusion de mots et d'idées, qui n'a pas peu contribué à obscurcir ce sujet. En principe général, un fait criminel donne lieu ou plutôt peut donner lieu à deux sortes d'actions bien distinctes : l'action publique et l'action civile. La première, qui a pour but l'application des peines, appartient exclusivement au ministère public ; la seconde, qui a pour but « la réparation du dommage causé par un crime, par un « délit ou par une contravention, peut être exercée par « tous ceux qui ont souffert de ce dommage. » (Art 1 C. d'inst. crim.; art. 1382 C. Nap.) — L'action publique ne peut être exercée que devant les tribunaux criminels; l'ac-

tion civile peut au contraire être exercée, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux criminels, concurremment avec l'action publique (art. 3 C. d'inst. crim.). Mais il y a cette différence entre les matières criminelles proprement dites et les matières correctionnelles, que, dans le premier cas, la partie privée peut seulement porter plainte, et se constituer partie civile, si la partie publique exerce des poursuites ; tandis que, dans le second cas, la partie civile peut elle-même saisir directement la juridiction correctionnelle (art. 64 et 181 C. d'inst. crim.). Tel est le droit commun. Voyons maintenant jusqu'à quel point il s'applique à notre hypothèse.

Par qui peut être intentée l'action qui nous occupe ? Voici les termes de l'article 199 :

« Si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir dé-
« couvert la fraude, l'*action criminelle* peut être intentée
« par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le ma-
« riage valable, et par le procureur impérial. »

A s'en tenir à cet article, on dirait que, du vivant des deux époux, aucune action ne peut être intentée par personne : ni l'action civile par les parties privées, ni même l'action publique par le procureur impérial ! — En est-il donc ainsi ? non certainement, quant à l'action publique ; voilà la réponse à peu près unanime. Le procureur impérial pourra donc toujours poursuivre l'auteur du faux ; il faudrait, en effet, un texte plus explicite pour consacrer une si importante dérogation à l'article 1 du Code d'instruction criminelle ; et nous verrons qu'en effet la loi s'est exprimée en termes formels, lorsqu'elle a voulu qu'il en fût ainsi (art. 327 C. Nap.; Vazeille, t. I, n° 207 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 21, 22; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 347 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 106).

412. — Mais que décider à l'égard de l'action *civile*, de cette action que notre texte paraît bien ici désigner sous le nom d'*action criminelle ?*

Beaucoup d'auteurs enseignent que, du vivant des deux époux, elle ne peut être intentée par aucun autre que par eux (Delvincourt, t. I, p. 65; Vazeille, t. I, n° 207; Zachariæ, t. III, p. 224; Marcadé, t. II, art. 199, n° 3; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 187, 188,; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 347).

Je préfère toutefois le sentiment contraire.

Et d'abord, que des tiers autres que les époux puissent avoir, du vivant de ceux-ci, un intérêt né et actuel à prouver la célébration du mariage, c'est un point qui n'est pas contestable. Leurs enfants, par exemple, ne pourraient-ils pas, afin de recueillir une succession, se trouver dans l'obligation de prouver leur légitimité? Pourquoi donc n'auraient-ils pas, pour rétablir la preuve de leur propre état, les mêmes moyens que leurs père et mère? — Le texte de l'article 199 s'y oppose! (Allemand, t. I, n° 434.) — Voici ma réponse : 1° Cette disposition est purement énonciative, et se réfère au cas le plus ordinaire; le législateur a pensé, soit que les époux agiraient eux-mêmes le plus souvent de leur vivant, *s'ils avaient connaissance de la fraude*, soit surtout que, de leur vivant, aucun autre n'aurait intérêt à agir, et que cet intérêt ne naîtrait au profit des tiers que par le décès de l'un d'eux; supposition que nous avons déjà rencontrée dans l'article 187, et qui ne nous a pas empêché d'accorder l'action en nullité du vivant des deux époux. 2° Nous devons d'autant mieux porter ici la même décision, qu'en vérité tous ces articles sont trop peu corrects pour être appliqués littéralement, surtout lorsque cette application blesserait les principes les plus vrais, et attenterait aux droits des tiers! (Comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 106; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 21; Demante, t. I, n° 281 *bis*, II.)

413. — Est-ce que ce même article 199 ne semble pas également subordonner l'action des tiers à la condition que les époux ou l'un d'eux seront décédés *sans avoir*

découvert la fraude? Eh bien, pourtant, vous reconnaissez que ce n'est là qu'une simple énonciation, et qu'alors même qu'ils seraient décédés après avoir connu la fraude, les parties intéressées n'en pourront pas moins intenter l'action que les époux eux-mêmes, par négligence, dans la crainte des frais et des embarras d'un procès, ou par tout autre motif, n'auraient pas pu ou voulu intenter (*voy.* les auteurs cités *supra*, n° 412). Vous reconnaissez que ce fait des époux, que cette inaction de leur part ne peut pas compromettre le droit d'agir qui, d'après vous-même, appartient aux tiers après leur décès. Je demande alors pourquoi l'inaction des époux, même de leur vivant, pourrait davantage à cette époque compromettre le droit des tiers, le droit leurs propres enfants! (Comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 347; Demante, t. I, n° 281 *bis*, II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 23; Massé et Vergé, t. I, p. 188.)

414. — Devant quels tribunaux pourra ou devra être portée, dans ce cas, l'action civile? — Le droit commun est-il applicable, ou bien nos articles y dérogent-ils en tout ou en partie?

Ils y dérogent évidemment, au moins dans un cas; l'article 200 porte en effet :

« Si l'officier public est décédé lors de la découverte « de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses « héritiers par le procureur impérial, en présence des « parties intéressées et sur leur dénonciation. »

Or, c'est là, de l'aveu de tous, excepté seulement Vazeille, qui me paraît méconnaître le sens de cet article (t. I, n° 208), c'est là, dis-je, une très-notable dérogation aux règles communes : rien n'est plus spécial, en effet, et plus exorbitant que cette nécessité imposée à la partie civile de n'agir, même devant le tribunal civil pour son seul intérêt, que par l'entremise du procureur impérial, qui reçoit lui-même, en ce cas, une mission tout à fait extraordinaire. C'est qu'on a craint qu'après le décès de

l'officier public, ou, plus exactement, de l'auteur quelconque de la fraude, une connivence coupable ne s'établît entre les demandeurs et les héritiers de celui auquel le fait serait imputé; connivence alors d'autant plus à craindre que le décès de l'auteur prétendu de la fraude rendrait impossibles les poursuites du procureur impérial.

Mais il paraît bien que, dans ce cas, le procureur impérial serait tenu d'agir : « L'action *sera* dirigée.... par « le procureur impérial, » dit l'article 200. Et, en effet, c'est alors vraiment la partie privée qui agit elle-même par son entremise, et qui ne saurait être déchue de son droit ou même de ses prétentions, telles quelles, par le refus du procureur impérial (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 23; Toullier, t. I, nº 600; Duranton, t. II, nº 262; Taulier, t. I, p. 323, 927).

415. — Mais lorsque l'auteur de la fraude existe encore, le droit commun, au contraire, est-il applicable? et la partie privée a t-elle le choix entre les tribunaux civils et les tribunaux criminels, soit par voie de plainte, s'il s'agit d'un crime, soit par voie de citation directe, s'il s'agit d'un délit?

Pour soutenir qu'alors la partie civile a le choix d'agir, soit par voie civile, soit par voie de plainte au criminel, on peut présenter des raisons fort sérieuses :

1° Tel est le droit commun, et il faut l'appliquer toutes les fois qu'un texte spécial n'y a pas dérogé; or, les articles 198, 199, ne contiennent aucune dérogation de ce genre; la loi suppose seulement que la preuve d'une célébration de mariage pourra se trouver acquise par le résultat d'une procédure criminelle; elle suppose que la partie civile aura mieux aimé porter plainte et mettre en mouvement l'action publique, que de s'adresser aux tribunaux civils; mais il n'en résulte nullement qu'elle ne puisse pas suivre la voie contraire.

2° Elle le pourra donc; et même alors, suivant le droit

commun, elle agira directement elle-même au civil contre l'auteur de la fraude, sans être obligée de se conformer à l'article 200, qui n'est affectivement applicable que lorsque l'action est dirigée contre ses héritiers. Et le motif de différence est sensible! c'est que le procès éveillera l'attention du ministère public; c'est que le défendeur se trouve alors menacé personnellement d'une poursuite criminelle, que le procureur impérial pourrait immédiatement intenter (art. 1 et 2 C. d'inst. crim.); c'est que dès lors la crainte d'un concert frauduleux de sa part avec ceux qui l'attaquent, se trouve ici écartée par cette garantie.

3° Enfin, s'il en était autrement, le droit des parties intéressées se trouverait subordonné à la souveraine appréciation du procureur impérial, ou, si vous voulez, de la chambre du conseil du tribunal (art. 63 et 127 C. d'inst. crim.); supposez, en effet, que le procureur impérial ou la chambre du conseil estime qu'il n'y a pas lieu à suivre, soit parce que le fait n'a pas été commis, soit parce que l'auteur n'a pas eu d'intention coupable, ou par tout autre motif. est-ce qu'il est possible que ce refus paralyse l'action civile, cette action dont l'objet est si considérable et si important (Proudhon, t. II, p. 103, 104; Vazeille, n° 204; Marcadé, t. II, art. 199, n° 4).

Je crois pourtant qu'il est plus conforme au texte de nos articles et à la pensée qui les a inspirés, de répondre que c'est par voie de plainte au procureur impérial, ou directement par voie correctionnelle, que la partie privée doit agir toutes les fois que la poursuite criminelle ou correctionnelle est possible. C'est là sans doute une exception notable au droit commun (art. 3, C. d'inst. crim.); mais elle me paraît résulter de toute l'économie de la loi.

La loi en effet prévoit deux hypothèses : ou l'auteur de la fraude existe encore, ou il est décédé. Le premier

cas est celui des articles 198, 199; or, que supposent-ils? une poursuite criminelle toujours et exclusivement! Ce n'est que dans le second cas que l'article 200 s'occupe de l'instance intentée au civil; et c'est pour en remettre la direction au procureur impérial, par une exception qui est la suite encore et le complément de la première. Cette vérité d'ailleurs ne résulte-t-elle pas ouvertement de l'examen des travaux préparatoires du Code Napoléon? J'ai dit déjà que l'article 198 se composait d'abord de deux dispositions qui furent ensuite réunies en une seule; eh bien, voici comment la première était conçue: « S'il existe un acte de célébration « reçu par l'officier public, qui n'ait été rédigé que sur « une feuille volante, et qui ne soit point inscrit sur le « registre de l'état civil, l'*officier de l'état civil doit être* « *poursuivi criminellement tant par les époux qu'il a* « *trompés que par le commissaire du gouvernement. —* « *L'action doit être dirigée par le commissaire du gouver-* « *nement..., etc.* » (Art. 17, Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 110.) On a vu plus haut que cette rédaction n'avait été modifiée que parce qu'elle s'occupait de l'inscription de l'acte sur une feuille volante déjà prévue ailleurs; mais la pensée essentielle des rédacteurs, quoique moins explicite, a été certainement conservée par l'article 198. C'est qu'en effet ce mode de procéder offre beaucoup plus de garanties qu'une instance dirigée au civil contre l'auteur même de la fraude (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 102, note *a*, et p. 104, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 20; Bertauld, *Quest. et Except. préjud.*, n° 53; *voy.* aussi notre t. I, n° 326).

416. — Il y a toutefois une objection très-grave de l'opinion contraire, à laquelle il nous faut répondre. Que ferez-vous, dit-on, si, même du vivant de l'auteur du fait, la poursuite criminelle est impossible? C'est le procureur impérial lui-même qui ne veut point l'intenter!... La plainte est injuste.... ou l'auteur du fait n'a pas eu

d'intention coupable; ou il est en démence; ou enfin l'action publique est prescrite. On ne saurait admettre en effet que ces divers événements, qui rendent impossibles l'action criminelle, aient pour résultat d'enlever absolument à la partie civile le moyen de faire rétablir la preuve de la célébration du mariage.

Nous avions pensé d'abord que l'on pourrait alors appliquer, par analogie, l'article 200, dont la disposition aurait ainsi compris tous les cas où la poursuite criminelle est impossible. (Comp. Marcadé, art. 200, n° 2.)

Mais il nous paraît plus sûr de restreindre l'application de l'article 200 au cas, qu'il prévoit, et notamment de ne pas l'étendre au cas où l'officier public coupable aurait prescrit contre l'action publique. M. Valette remarque, en effet, avec raison, que la solution contraire, qui « consisterait à intenter une action civile contre les « héritiers de l'auteur d'un crime ou d'un délit, après « que l'action publique serait éteinte par la prescription, « est repoussée par les artilces 637 et 638 du Code d'in- « struction criminelle. » (*Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 115.)

La ressource, qui resterait alors aux parties intéressées, serait donc celle de l'article 46, c'est-à-dire le droit de prouver, par tous les moyens possibles, le fait de la destruction totale ou partielle des registres. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 23; Demante, t. I, n° 282 *bis*, IV.)

417. — C'est aussi la même ressource, à laquelle ils devraient recourir, si l'auteur de la fraude était inconnu (Comp., notre *Traité de la publication des lois, des actes de l'état civil*, n°s 322-324; Valette sur Proudhon, t. II, p. 108; Demante, *loc. supra cit.*, n° 282 *bis*, V).

418. — C. Reste enfin à savoir quel est l'effet de la décision rendue, en pareil cas, par les tribunaux criminels?

Aux termes de l'article 198 : « .... L'inscription du « jugement sur les registres de l'état civil, assure au « mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les « effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des « enfants issus de ce mariage. » Il semble bien résulter de là que le jugement ou l'arrêt devra ordonner, conformément à l'article 463 du Code d'instruction criminelle, le rétablissement de l'acte de mariage sur les registres de l'état civil ; que cette inscription équivaudra, dans l'intérêt des époux, des enfants et de tout autre intéressé, à un acte de célébration inscrit, à sa date, sur les registres. Il fera donc preuve de la célébration ; car il ne s'agit effectivement ici que d'une question de preuve ; et l'article 198 va, sous ce rapport, un peu trop loin en déclarant que cette inscription assure les effets civils au mariage ; car la nullité du mariage lui-même n'en pourrait pas moins être encore demandée (Vazeille, t. I, n° 206 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 22).

419. — Mais cet effet de la procédure criminelle n'est-il produit qu'autant que les époux ou l'un d'eux, ou les autres intéressés, se sont portés parties civiles ?

M. Valette, dans ces annotations (sur Proudhon, t. II, p. 106-11) avait enseigné d'abord que « l'article 198 « pourrait certainement être invoqué par les parties in« téressées, lors même qu'elles ne se seraient pas consti« tuées parties civiles. D'abord cet article ne distingue « en aucune façon ; et ensuite il est évident que le mi« nistère public, qui a été partie dans la procédure cri« minelle, et a fait constater le délit, représentait à cet « égard la société tout entière. Il nous paraît même cer« tain (ajoute notre savant collègue) qu'aux termes de « l'article 46 de la loi du 21 avril 1810, le ministère pu« blic pourrait d'office requérir l'inscription du juge« ment sur les registres de l'état civil. »

Telle est aussi la doctrine de MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 23) ; Massé et Vergé (*eod.*, t. I,

p. 187), et de Marcadé, qui, après avoir exprimé un sentiment contraire, est revenu à celui-ci dans sa dernière édition (sur l'article 199; comp. également Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 346; Demante, t. I, n° 280 *bis*, I; Lagrange, *Revue critique de jurisprudence*, 1856, t. VIII, p. 34, *des Effets de la chose jugée au criminel sur l'action civile*).

Cette doctrine est-elle bien fondée? Est-il possible que deux personnes se trouvent ainsi déclarées unies en mariage par le résultat d'une procédure, à laquelle elles auraient été complétement étrangères? Ce résultat me paraît d'autant plus difficile à admettre, que si, en effet, cette procédure faisait preuve, à leur égard, de la célébration de leur prétendu mariage, je ne verrais aucun moyen pour elles de combattre cette preuve; or, je le répète, est-il possible que Pierre et Sophie se trouvent ainsi mariés presque d'office, et peut-être à leur insu? Il me semble que les articles 198-200 se rapportent exclusiment au cas où les intéressés sont présents; et telle est si bien la seule hypothèse prévue par ces textes, qu'ils sembleraient même n'accorder l'action qu'aux époux eux-mêmes tant qu'ils vivent (*supra*, n° 412). Mais doit-il en être ainsi dans le cas contraire? j'ai peine à le croire. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner la longue et difficile question de l'influence de la chose jugée au criminel sur le civil; mais il me semble toutefois qu'il ne serait pas exact de dire d'une manière absolue que le ministère public représente dans les procès criminels la société tout entière, en ce sens qu'il représente toujours tous les individus et tous les intérêts civils, quels qu'ils soient. Il les représente *contre* l'accusé, contre le condamné, qui était partie, lui, et qui a pu et dû se défendre. Le fait est donc prouvé contre lui au profit de la société tout entière; et c'est là un fait qui, dans ces limites, ne peut plus être remis en question. Mais le fait est-il aussi jugé *contre* les tiers qui n'ont pas été parties au procès crimi-

nel, et qui n'ont pas pu se défendre? je ne le croirais pas; et c'est précisément dans le cas de faux qu'il me paraît exact de dire que la chose jugée au criminel n'engage pas nécessairement les intérêts civils (L. 3, Code *de Fide instrumentorum;* Merlin, *Rép.*, t. XIII, v° *Testament*, sect. v, p. 821, et *Quest. de droit*, t. III, v° *Faux*, § 6, n° 7, et t. V, *eodem;* ajout. Cass., 29 mai 1846, Picquenard, Dev., 1846, I, 717; Cass., 16 août 1847, l'Adm. des domaines, Dev., 1848, I, 280).

Ce qui nous confirme, de plus en plus, dans cette doctrine, que nous avions déjà proposée dans notre première édition, c'est l'explication que notre honorable ami, M. Valette, vient de présenter (dans la nouvelle édition de ses notes sur Proudhon) du sentiment qu'il avait exprimé d'abord :

« Nous remarquerons, dit-il, qu'il faut toujours réserver la question de savoir jusqu'à quel point les jugements ou arrêts (rendus aux termes des articles 199 et 200, sont opposables aux personnes, qui n'y ont pas été parties (comp. art. 100 et 1351); et M. Demolombe a pu nous reprendre, avec raison, d'avoir dit, en termes très-généraux, que, dans le cas de l'article 198, en l'absence même des parties civiles, le ministère public, qui a poursuivi le délit, représente, à cet égard, la société tout entière. Nous n'entendions considérer le jugement que *secundum subjectam materiam,* c'est-à-dire comme créant au profit des parties, des intéressés en général, et du ministère public lui-même, le droit de faire inscrire la condamnation sur les registres de l'état civil, sans préjudice des débats qui peuvent s'élever entre qui de droit, sur la réalité du mariage.... » (*Explicat. somm. du livre I du Code Napol.*, p. 114.)

Nous adoptons entièrement, pour notre part, cette interprétation.

420. — Au reste, M. Valette professe aussi que, dans le cas où l'accusé au grand criminel aurait été acquitté,

l'article 198 ne pourrait recevoir d'application, aux termes de l'article 366 du Code d'instruction criminelle, qu'autant que les parties privées s'étant portées parties civiles, seraient ainsi en position de conclure à des dommages-intérêts.

421. — Tels sont les principes en ce qui concerne la preuve de la célébration du mariage; ils se résument dans la règle précédemment posée avec les trois exceptions qu'elle comporte.

Mais une partie pourrait-elle s'être rendue personnellement non recevable à demander la représentation d'un acte de mariage, et à contester la légitimité, soit des prétendus époux eux-mêmes, soit surtout des enfants? Ceci se rattache à une question plus générale, à celle de savoir si les transactions ou les consentements quelconques, qui peuvent intervenir sur les intérêts civils, qui seraient subordonnés à l'état des personnes, doivent être maintenus ou annulés et suivant quelles distinctions ils pourraient être obligatoires. Je pense que cette théorie sera présentée plus à propos dans le titre *de la Paternité et de la Filiation* (liv. I, tit. VII).

FIN DU TROISIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU TROISIÈME VOLUME.

TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

SECTION I.

SECTION II.

SECTION III.

CHAPITRE III.

SECTION I.

SECTION II.

§ I.

N° 1.

N° 2.

§ II.

N° 1.

N° 2.

CHAPITRE IV.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome III, art. 144-202.)

TITRE CINQUIÈME.

Du mariage.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
144.	15-24.	10-18.
145.	22, 509.	16, 334.
146.	24-53, 166-187.	19-33, 127-130.
147.	124-125.	94-95.
148.	56-59, 75-82.	34-39, 52-58.
149.	61-69, 75-82.	40-46, 52-58.
150.	69-75, 82.	46-52, 58.
151.	83-85, 89-92.	59-62, 66-69.
152.	89-92.	66-69.
153.	*Id.*	*Id.*
154.	93-108.	70-83.
155.	87-89.	63-65.
156.	117.	91.
157.	*Id.*	*Id.*
158.	113-116.	87-90.
159.	*Id.*	*Id.*
160.	109-110.	84-86.
161.	125-151.	96, 117.
162.	*Id.*	*Id.*
163.	*Id.*	*Id.*
164.	153-157, 509.	118-120, 334.
165.	39, 225, 298, 300.	26, 196, 205, 207.
166.	278, 285.	189, 196.
167.	*Id.*	*Id.*
168.	279.	190.
169.	274.	184.
170.	298-328.	205-225.
171.	335-337.	226-229.
172.	209-212.	136-139.
173.	212-223.	140-142.
174.	223-228.	143-146.
175.	230-239.	147-152.
176.	212, 240-244.	140, 153-157.
177.	253-260	167-173.
178.	*Id.*	*Id.*

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
179.	261-263.	174-176.
180.	368-410.	246-260.
181.	411-421.	261-269.
182.	426-441.	270-280.
183.	443-459.	281-291.
184.	460-461, 471-477.	292-293, 300-304.
185.	492-498, 517.	317-321, 346.
186.	499-501.	322-325.
187.	479-481.	305-307.
188.	483.	308.
189.	506-508.	330-333.
190.	483-487.	309-312.
191.	461-465.	294-297.
192.	117, 324-325.	91, 223-224.
193.	461-466.	294-298.
194.	533-557.	383-391.
195.	555.	387-388.
196.	501-505, 556.	326-329, 389.
197.	557-588.	391-406.
198.	570-585.	407-421.
199.	*Id.*	*Id.*
200.	*Id.*	*Id.*
201.	520-547.	351-382.
202.	*Id.*	*Id.*

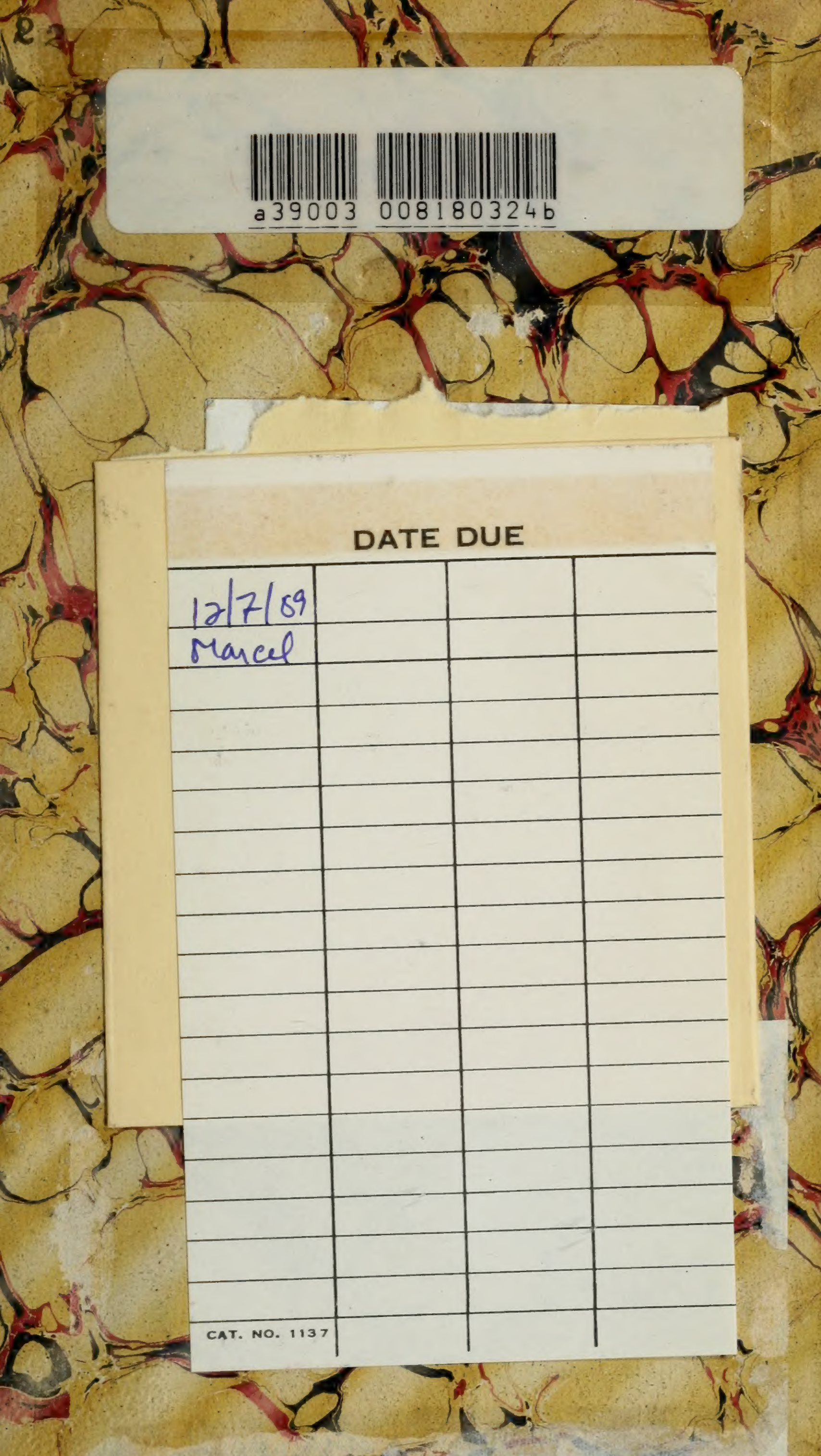
Articles du titre *des Actes de l'état civil* relatifs au mariage, dont l'explication a été renvoyée du tome I (*Traité de la publication, des effets, et de l'application des lois en général*, etc.) au tome III (I, *du Traité du mariage et de la séparation de corps*).

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
63.	270-273, 275.	180-182, 185.
64.	276-281.	186, 191.
65.	277-278.	187-188.
66.	245-246.	158-160.
67.	247.	161.
68.	247-253.	163-166.
69.	246.	160.
70.	87, 282-284.	63, 192-194.
71.	*Id.*	*Id.*
72.	*Id.*	*Id.*
73.	75-81.	53-56.
74.	285-297.	196-204.
75.	39, 298-310.	26, 206-211.
76.	313-316.	212-214.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

Typographie Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.





a39003 008180324b
DATE DUE
12/7/09
Marcel
CAT. NO. 1137

